Münster 1971

Die rechtliche Abhängigkeit des Anstellungsvertrages der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft von der Bestellung und den für sie geltenden Bestimmungen

Inauguraldissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte durch den Fachbereich Rechtswissenschaft der Westfälischen Wilhelms-Universität

vorgelegt von

Friedrich Bergmann

Lübeck

1971

Die rechtliche Abhängigkeit des Anstellungsvertrages der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft von der Bestellung und den für sie geltenden Bestimmungen

Inauguraldissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte durch den Fachbereich Rechtswissenschaft der Westfälischen Wilhelms-Universität

vorgelegt von

Friedrich Bergmann

Lübeck

1971

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

1. Referent: Prof. Dr. Hans Brox
2. Referent: Prof. Dr. Dietrich Reinicke

Dekan: Prof. Dr. Gisbert Uber

Tag der mündlichen Prüfung: 24. Mai 1971

Inhaltsverzeichnis(1)

A. Einleitung und Abgrenzung des Themas 1

B. Unterscheidung zwischen Bestellung und Anstellungsvertrag 3

C. Bestellung 6

1. Zuständigkeit für die Bestellung 6

2. Mitwirkung des Berufenen bei der Bestellung 8

3. Eintragung der Bestellung ins Handelsregister 13

4. Persönliche Voraussetzungen zur Eignung als Vorstandsmitglied 13

a. Natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person 13

b. Vorstandsmitgliedschaft und Mitgliedschaft im Aufsichtsrat 13

c. Vorstandsmitgliedschaft bei gleichzeitiger Mitgliedschaft im Vorstand einer anderen Aktiengesellschaft 14

d. Vorstandsmitgliedschaft und Beamtenstellung 14

5. Dauer der Bestellung 15

D. Anstellungsvertrag 16

1. Zuständigkeit auf Seiten der AG für den Abschluß des Anstellungsvertrages 16

2. Persönliche Voraussetzungen des Dritten zum Abschluß des Anstellungsvertrages 19

a. Voraussetzungen über die Geschäftsfähigkeit nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch 19

b. Anwendbarkeit des § 76 III AktG65 auf den Anstellungsvertrag 19

aa. Anstellungsvertrag mit einer juristischen Person 20
bb. Anstellungsvertrag mit einer nicht voll geschäftsfähigen Person 23

c. Anstellungsvertrag mit einem Aufsichtsratsmitglied 25

3. Laufzeit des Anstellungsvertrages 26

a. Anwendbarkeit des § 625 BGB auf den Anstellungsvertrag 27

aa. Anstellungsvertrag als Dienst- beziehungsweise Auftragsvertrag oder als Werkvertrag 27
bb. Verhältnis von § 625 BGB zu § 84 I AktG 65 30

b. Ergebnis 32

B. Gründe für das Fehlen oder den späteren Wegfall einer anfänglich wirksamen Bestellung und deren Auswirkungen auf den Anstellungsvertrag 33

I. Gründe für eine fehlende oder später fortfallende Vorstandsmitgliedschaft 33

1. Fehlende wirksame Bestellung 33

a. Fehlender oder fehlerhafter Beschluß des Aufsichtsrats über die Bestellung 34

aa. Zuständigkeit des Aufsichtsrats 34
bb. Ausdrücklicher Beschluß des Aufsichtsrats 34

b. Mangelndes Angebot sowie mangelnde Zustimmung 35

c. Gesetzlicher Unfähigkeitsgrund 36
aa. Keine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person 36
bb. Aufsichtsratsmitgliedschaft des Berufenen 36
d. Satzungsmäßiger Unfähigkeitsgrund 43
e. Anfechtung der Bestellung 50
f. Bedingte,befristete Bestellung 53
2. Zusammenfassung 54
3. Späterer Verlust der Vorstandsmitgliedschaft 56
a. Ablauf der Amtszeit 56
b. Tod eines Vorstandsmitglieds 56
c. Nachträglicher Eintritt eines gesetzlichen Unfähigkeitsgrundes 57
aa. Entmündigung 58
bb. Krankhafte Störung der Geistestätigkeit 60
cc. Wahl eines Vorstandsmitglieds in den Aufsichtsrat 61
d. Nachträglicher Eintritt eines satzungsmäßigen Unfähigkeitsgrundes (Wegfall einer satzungsmäßigen Voraussetzung) 61
e. Widerruf der Bestellung 62
aa. Rechtmäßiger Widerruf 62
aaa. Wichtiger Grund 63
bbb. Festlegung wichtiger Gründe in der Satzung 67
ccc. Vereinbarung wichtiger Gründe für den Widerruf der Bestellung im Anstellungsvertrag 69
ddd. Ergebnis 70

bb. Rechtswidriger Widerruf 70

f. Auflösende Bedingung 71

g. Niederlegung des Vorstandsamtes 73

h. Behebung des Mangels nach einer gerichtlichen Bestellung 77

i. Einverständliche Beendigung der Vorstandsmitgliedschaft 78

k. Auflösung beziehungsweise Nichtigerklärung der AG 79

aa. Vorstandsmitglieder als Abwickler 79

bb. Bestellung anderer Abwickler 80

cc. Abberufung von Abwicklern durch die Hauptversammlung 81

4. Zusammenfassung 82

II. Rechtliche Auswirkungen einer fehlenden wirksamen Bestellung oder einer zwar anfänglich wirksamen, später aber wegfallenden Bestellung auf den Anstellungsvertrag 84

1. Anwendung des § 306 BGB beim Abschluß eines Anstellungsvertrages mit einer nicht voll geschäftsfähigen Person 85

2. Schwebende Unwirksamkeit des Anstellungsvertrages beim Fehlen einer in der Satzung zwingend vorgeschriebenen Eigenschaft 87

3. Gleichzeitiges Wirksamwerden des Anstellungsvertrages mit der Bestellung 88

a. Schwebend unwirksame Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds in den Vorstand 88

b. Aufschiebend bedingte oder befristete Bestellung 89

4. Gleichzeitige Beendigung des Anstellungsvertrages mit dem Ende der Bestellung 89

a. Ablauf der Amtszeit 89

b. Behebung des Mangels nach einer gerichtlichen Bestellung 89

c. Einigung zwischen Aufsichtsrat und Vorstandsmitglied über die Beendigung der Vorstandsmitgliedschaft 90

d. Bestellung anderer Personen als Abwickler durch eine Satzungsbestimmung, die bereits im Zeitpunkt der Bestellung des Vorstandsmitglieds wirksam war 90

e. Tod eines Vorstandsmitglieds 91

5. Anwendbarkeit der §§ 275, 323, 616 BGB beim Wegfall der vollen Geschäftsfähigkeit 92

a. Nicht zu vertretende, objektive Unmöglichkeit (§ 275 BGB) 92

b. Gegenleistungspflicht der AG 94

aa. Gegenleistungspflicht bei vorübergehender Verhinderung des Dienstpflichtigen aus anderen als aus Krankheitsgründen 95

bb. Gegenleistungspflicht bei vorübergehender Verhinderung des Dienstpflichtigen wegen Krankheit 98

6. Annahmeverzug 98

a. Widerruf der Bestellung 98

b. Bestellung anderer Personen als Abwickler (Aufnahme einer entsprechenden Satzungsbestimmung nach der Bestellung eines Vorstandsmitglieds oder ein entsprechender Hauptversammlungsbeschluß) 104

c. Abberufung als Abwickler 105

7. Anwendung der §§ 286 oder 326 BGB bei der Niederlegung des Vorstandsamtes 106

F. Zusammenfassendes Ergebnis 110

Schriftenverzeichnis

(Die Zitierweise ist in Klammern gesetzt)

Allgemeine Begründung	zum Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 7.März 1884,in:Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, Band 77,5.Legislaturperiode-IV.Session 1884,Dritter Band. Berlin 1884 (Allgemeine Begründung)
Auffarth-Schönherr	Arbeitsgerichtsgesetz, Berlin 1965 (Arbeitsgerichtsgesetz)
Ballerstedt,Kurt	Aktienrechtsreform und Unternehmensverfassung,Schriftenreihe der Forschungsstelle der Friedrich-Ebert-Stiftung, Zur großen Aktienrechtsreform,S.33,Hannover 1962 (Aktienrechtsreform)
Balser	Die Aktiengesellschaft, Baden-Baden 1966, Band I (Die Aktiengesellschaft)
Bartholomeyczik,H.	Die Anfechtung der Stimmabgabe zum Körperschaftsbeschluß, AcP 144,287 (Die Anfechtung der Stimmabgabe)
Barz,Carl H.	Die durch die Aktienrechtsreform 1965 veranlaßten Satzungsänderungen,Die AG 1966,39

Baumbach-Hueck	Aktiengesetz,12.Aufl.,München und Berlin 1965 (Aktiengesetz 12.Aufl.)
	Aktiengesetz, 13.Aufl.,München 1968 (Aktiengesetz)
Baumbach-Lauterbach	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 30.Aufl.,München 1970 (Zivilprozeßordnung)
Becker,Hermann Josef	Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter, 2.Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1962
BGB-RGRK	II.Band,1.Teil,Einzelne Schuldverhältnisse, 11.Aufl., Berlin 1959 (II.Bd.1.Teil)
Beisel,Wilhelm	Das Dividendenrecht des Aktionärs, Bemerkung und Kritik zum Urteil des BGH vom 24.1.1957, Die AG 1957,182
Beitzke,G.	Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, Schloss Bleckede a.d.Elbe 1948 (Nichtigkeit)
Bergmann, Hans	Aktienrecht und Führerprinzip. Leitsätze für eine Umgestaltung des Aktienrechts, DJZ 1934,371 (Aktienrecht)
Bernau,R.	Die Amtsniederlegung der Mitglieder des Aufsichtsraths einer Aktiengesellschaft, Jherings J. 44,225 (Die Amtsniederlegung)
Boehmer	Einführung in das Bürgerliche Recht, 2.Aufl., Tübingen 1965 (Einführung)

Bölling,Hatto G.	Hat der Geschäftsführer der GmbH das Recht zur Kündigungswiderrufsklage nach § 56 AOG?, DArbR 1939, 56
Boersch	Die arbeitsrechtliche Stellung der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer von Handelsgesellschaften, DArbR 1937,24
Boesebeck,Ernst	Rechtliche und soziologische Betrachtungen zur Aktienrechtsreform, Der Volkswirt 1954, Heft 39 S.12 (Rechtliche und soziologische Betrachtungen)
	"Satzungsdurchbrechung" im Recht der AG und GmbH, NJW 1960,2265 (Satzungsdurchbrechung)
	Unklarheiten in der Geschäftsführung und Verantwortung bei der Aktiengesellschaft, JW 1938,2525
Brodmann	Aktienrecht, Berlin und Leipzig 1928 (Aktienrecht)
Brox	Die Anfechtung im Arbeitsrecht, Rpfleger 1961,423 (Die Anfechtung im Arbeitsrecht)
	Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Karlsruhe 1960 (Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung)
	Erbrecht, Köln (Berlin-Bonn-München) 1966 (Erbrecht)
	Erteilung, Widerruf und Niederlegung von Prokura und Handlungsvollmacht im neuen Aktienrecht, NJW 1967,801 (Erteilung, Widerruf und Niederlegung)

Brox (Forts.)	Grundbegriffe des Arbeitsrechts, 2.Aufl., Stuttgart (Berlin,Köln, Mainz) 1971 (Grundbegriffe)
	Leitende Angestellte als Aufsichtsratsmitglieder des Unternehmens, Festschrift für Hans G. Ficker, S.95, Frankfurt,Berlin 1967 (Leitende Angestellte als Aufsichtsratsmitglieder)
Buchner,H.	Die Beurteilung des Verschuldens im Bürgerlichen Recht, NJW 1967, 2381 (Die Beurteilung des Verschuldens im Bürgerlichen Recht)
Cunio	§ 84 Aktiengesetz, Ersatz oder Schadensersatz ?, Die AG 1958,63
Deist,Heinrich	Beitrag zu einem Podiumsgespräch, Schriftenreihe der Forschungsstelle der Friedrich-Ebert-Stiftung, Zur großen Aktienrechtsreform, S.151
Denkschrift	zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4.Aufl.,Berlin 1896 (Denkschrift)
Dersch	Die Rechtsstellung von Organmitgliedern Juristischer Personen und Gesellschaften im Arbeitsrecht und in der Sozialversicherung, RdA 1951,212 (Die Rechtsstellung)
Dietel,Peter	Der Widerruf der Bestellung zum Vorstandsmitglied bei Vertrauensentzug der Hauptversammlung, Dissertation Köln 1965 (Der Widerruf der Bestellung)
Dietrich,Hugo	Zum neuen Aktiengesetz, JW 1937, 649 (Zum neuen Aktiengesetz)

Dietz	Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung,4.Aufl.,München und Berlin 1967
Dietz-Nikisch	Arbeitsgerichtsgesetz,München und Berlin 1954
Dippel,Karlhans	Die Reform des Aktienrechts.Zugleich ein Beitrag zur Geschichte des Aktienwesens, DRiZ 1965, 353 (Die Reform des Aktienrechts
Dölle,Hans	Aussergesetzliche Schuldpflichten, Zs.f.ges.Staatswiss.103. Band, S.67
Dose,Stefan	Die Rechtsstellung der einzelnen Vorstandsmitglieder in einem mehrgliedrigen Vorstand der Aktiengesellschaft unter besonderer Berücksichtigung der Ernennung eines Vorstandsvorsitzenden nach dem neuen Aktiengesetz vom 6.September 1965,2.Aufl.,Hamburg 1968 (Die Rechtsstellung)
Duden,Konrad	Abberufung eines Vorstandsmitgliedes durch den Aufsichtsrat wegen Vertrauensentzugs durch die Aktionäre?, BB 1961,225 (Abberufung eines Vorstandsmitgliedes)
Dürig,Günter	Grundrechte und Zivilrechtsprechung,Festschrift für Nawiasky, S.157, München 1956 (Grundrechte)
Düringer-Hachenburg	Das Handelsgesetzbuch vom 10.Mai 1897,III.Band/1.Teil,3.Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1934 (Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897)

Eckartsberg,Karl v.	Die Anstellungsverträge der Organmitglieder im Konkurs handelsrechtlicher Körperschaften/ Gesellschaftsrechtliche Abhandlungen Heft 17, Berlin 1932 (Die Anstellungsverträge)
Ehrenberg	Handbuch des gesamten Handelsrechts, Dritter Band, I.Abteilung, Leipzig 1916 ((Bearbeiter) in Ehrenberg)
Enke,Paul	Die Bestellung zum Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft und ihr Widerruf, Dissertation Göttingen 1932 (Die Bestellung)
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, 15.Bearbeitung, Tübingen 1958 (Schuldverhältnisse)
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des BGB, 2.Halbband,15.Aufl.,Tübingen 1960 (A.T. 2.Halbbd.)
Entwurf	eines Aktiengesetzes und eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz nebst Begründung, Bundesdruckerei Bonn, 1960 (Entwurf eines Aktiengesetzes)
Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1.Band, 4.Aufl., Münster 1967 (Handkommentar)
Erman,Walter	Faktische Vertragsverhältnisse oder Geschäftsführung ohne Auftrag, NJW 1965,421
Esser	Schuldrecht,Band I Allgemeiner Teil,4.Aufl.,Karlsruhe 1970 (Schuldrecht AT)
	Schuldrecht Besonderer Teil, 3.Aufl.,Karlsruhe 1969 (Schuldrecht BT)

Farthmann,Friedhelm	Zur Anfechtbarkeit von Arbeitsverträgen, RdA 1958,338 (Zur Anfechtbarkeit von Arbeitsverträgen)
Fechner	Die Treubindungen des Aktionärs, Weimar 1942 (Die Treubindungen)
Fikentscher	Scheinvollmacht und Vertreterbegriff, AcP 154,1
Fischer	Anm. zu BGH/LM Nr.4 zu §75 AktG (zur Anwendung arbeitsrechtlicher Grundsätze auf den Anstellungsvertrag)
	Anm. zu BGH/LM Nr.16 zu § 75 AktG (zur Behandlung fehlerhafter Anstellungsverträge von Vorstandsmitgliedern)
Fleck	Das Dienstverhältnis der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften in der Rechtsprechung des BGH, WM 1968,49 Sonderbeilage Nr.3/1968 S.3-22 (Das Dienstverhältnis)
Foerstner,Heinz	Abberufung eines Vorstandsmitgliedes durch den Aufsichtsrat wegen Vertrauensentzuges durch die Aktionäre, BB 1961,428 (Abberufung eines Vorstandsmitgliedes)
Franta,Rudolf	Die Verfassung der Aktiengesellschaft nach dem Referentenentwurf eines neuen Aktiengesetzes, DB 1958,1347
Frels,Gerhard	Zur Wiederbestellung von Vorstandsmitgliedern nach Aktienrecht, ZAkDR 1942,257 (Wiederbestellung von Vorstandsmitgliedern)

Frels,Harro	Zur Behauptungs- und Beweislast bei §84 Abs.2 AktG, Die AG 1960,296 (Zur Behauptungs- und Beweislast)
	Die Geschäftsverteilung im Vorstand der Aktiengesellschaft, ZHR 122,8 (Die Geschäftsverteilung)
	Handelsregisterliche Fragen bei der Vorstandsbestellung, Die AG 1967,227 (Handelsregisterliche Fragen)
Freudiger	Vorstand und Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft im HGB und die ihnen entsprechenden Organe im schweizerischen Aktienrecht unter eingehender Berücksichtigung des 2. Entwurfs eines Bundesgesetzes betreffend Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts, Dissertation Gütersloh 1928
Gadow-Heinichen	Aktiengesetz, Großkommentar, Erster Band 2.Aufl., Berlin 1961
	Aktiengesetz, Erster Band, 1.Lieferung,§§ 1-53, 3.Aufl.,Berlin 1970
	Erster Band,2.Lieferung, §§ 54-94, 3.Aufl., Berlin 1971
Ganssmüller,H.	Anm. zu BGH/LM Nr.17 zu §75 AktG in GmbH-Rundschau 1966,277 (betr. die Auswirkungen des Widerrufs einer Bestellung auf den Anstellungsvertrag)
Gebauer,Gerhard	Die Lehre von der Teilgeschäftsunfähigkeit und ihre Folgen, AcP 153, 332 (Teilgeschäftsunfähigkeit)
Geckler	Der Arbeitsdirektor, Dissertation Heidelberg 1964

Geiler,Karl — Die wirtschaftlichen Strukturwandlungen und die Reform des Aktienrechts/Gesellschaftsrechtliche Abhandlungen, Heft 6 Berlin 1927 (Strukturwandlungen)

Gemeinsame Denkschrift — zum Referentenentwurf eines Aktiengesetzes,Bundesverband der Deutschen Industrie ..., Köln/Bonn 1959 (Gemeinsame Denkschrift)

Gerlach,W. — Die Anstellung eines Vorstandsmitgliedes einer Aktiengesellschaft ohne Beschluß des Aufsichtsrats und deren Folgen,Die AG 1965,251 (Die Anstellung)

Geßler,E. — Vorstand und Aufsichtsrat im neuen Aktiengesetz,JW 1937,497 (Vorstand und Aufsichtsrat)

Gessler,Jörg — Aktiengesetz Mit Einführungsgesetz und Umwandlungsgesetz, Frankfurt 1969 (Aktiengesetz)

Gierke,Julius v. — Die automatische Verlängerung der Vorstandsmitgliedschaft bei einer Aktiengesellschaft und einem großen Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, ZHR 114,161 (Die automatische Verlängerung)

Godin,Freiherr v. — Die Mißtrauenskundgebung der Hauptversammlung als Grund zur Abberufung des Vorstands, ZAkDR 1938, 630 (Die Mißtrauenskundgebung)

Über die Natur des Vorstandsvertrages, ZAkDR 1938,596 (Natur des Vorstandsvertrages)

Godin-Wilhelmi	Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz) vom 30.Januar 1937 (RGBl.I S.107ff),2.Aufl. besorgt von R. Freiherr von Godin, Berlin 1950 (Aktiengesetz 2.Aufl.)
	Aktiengesetz vom 6.September 1965, Band I, 3.Aufl., Berlin 1967 (Aktiengesetz Bd.I, 3.Aufl.)
	Band II, 3.Aufl., Berlin 1967 (Aktiengesetz Bd.II, 3.Aufl.)
Goldschmidt,R.	Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Verwaltungsmitglieder der Aktiengesellschaft, ZHK 113,33 (Verantwortlichkeit der Verwaltungsmitglieder)
Goldschmit	Die Aktiengesellschaft,München 1927 (Die Aktiengesellschaft)
Grub	Rechtliche Stellung der Organmitglieder juristischer Personen AR-Blattei,Juristische Personen I, I Rechtsstellung der Organmitglieder (Rechtliche Stellung)
Habscheid,Walther	Bericht über die Tagung der Zivilrechtslehrer in Bad Mergentheim am 9. und 10. Oktober 1957, Referat Heinrich Lehmann "Faktische Vertragsverhältnisse", AcP 157,100 (Bericht)
Hachenburg,Max	Anm. zu RG/JW 1925,261 Nr.5 (betr. die Frage,ob einem Minderjährigen aus einer ohne die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters erfolgten Bestellung zum Geschäftsführer einer GmbH Pflichten erwachsen)

Hachenburg	Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2.Band, §§35-84, 6.Aufl., Berlin 1959 ((Bearbeiter) in Hachenburg)
Hahn	Das Handelsrecht nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, Stuttgart 1870 (Das Handelsrecht)
Haupt-Reinhardt	Gesellschaftsrecht, 4.Aufl., Tübingen 1952 (Gesellschaftsrecht)
Haussmann	Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht, Mannheim,Berlin,Leipzig 1928 (Vom Aktienwesen)
Hefermehl	Zur Höchstdauer der Vorstandsverträge bei Aktiengesellschaften, DJ 1942,619 (Vorstandsverträge)
	Zuwendungen aus dem Gewinn (Teil I). Ein aktienrechtliches Zuständigkeitsproblem, DB 1954,1037 (Zuwendungen Teil I)
	(Teil II), DB 1954, 1061 (Zuwendungen Teil II)
Henn,Günter	Die Rechtsstellung des Vorstandes nach §§ 70,71 Aktiengesetz, MDR 1957,392 (Die Rechtsstellung des Vorstands)
Henzler,Reinhold	Verfassung, Führung und Verwaltung der Aktiengesellschaft, Die neue Aktiengesellschaft, hrsggb. von Walter Thoms, Halle/Saale 1938 (Verfassung)
Herold,Hermann	Der Vorstand der Aktiengesellschaft, Fragen aus der Praxis, Bank-Archiv Jahrgang 37/38 S.492 (Der Vorstand)

Herschel,Wilhelm	Bedingte Bestellung des Arbeitsdirektors, RdA 1962,413 (Bedingte Bestellung)
Herschel-Steinmann	Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz,5.Aufl.,Heidelberg 1961
Höppner	Praxis des Aktienrechts, Hamburg 1935 (Praxis des Aktienrechts)
Hofmann,Berthold	Der Anstellungsvertrag mit dem Geschäftsführer der GmbH, GmbH-Rundschau 1952,22 (Der Anstellungsvertrag)
Hueck,A.	Das neue Aktiengesetz und das Arbeitsrecht, RdA 1965,321 (Das neue Aktiengesetz)
	Der leitende Angestellte in der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung, BB 1954,536 (Der leitende Angestellte)
	Anm. zu BGH/RdA 1953,477 (zum Anstellungsvertrag von Vorstandsmitgliedern)
	Anm. zu RG/ARS 45,309 in ARS 45, 312 (zur Rechtsstellung von Vorstandsmitgliedern juristischer Personen)
	Besprechung:Kommentar zum GmbH-Gesetz von Max Hachenburg, Band II 1.Lfg.,6.Aufl., NJW 1957,862
	Gesellschaftsrecht, 15.Aufl., München 1970 (Gesellschaftsrecht)
	Die Rechtsstellung der Mitglieder von Organen der juristischen Personen, DB 1954,274 (Die Rechtsstellung)
	Der Treuegedanke im modernen Privatrecht,München 1947 (Der Treuegedanke)

Hueck-Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts,Erster Band von Alfred Hueck, 7.Aufl., Berlin und Frankfurt aM.1963 (Arbeitsrecht 1.Bd.)
Jagenburg,Walter	Aktienrecht als Organisationsrecht, Die AG 1965,156 (Aktienrecht)
Janberg,Hans	Aufsichtsratsausschüsse nach altem und neuem Aktienrecht, Die AG 1966,1 (Aufsichtsratsausschüsse)
Kersten	Handbuch für Vorstände,Aufsichtsräte und Geschäftsführer, Essen 1953 (Handbuch)
Klausing	Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktien=Gesetz) nebst Einführungsgesetz und "Amtlicher Begründung" (Berlin 1937). Eingeleitet von Dr. Friedrich Klausing (Klausing)
Knur,Alexander	Das Aktiengesetz 1965. Die Satzungsgestaltung nach dem neuen Recht, DNotZ 1966,324 (Das Aktiengesetz 1965)
Köhler,Herbert W.	Unternehmensverfassung und Aktienrechtsreform,JZ 1956,137 (Unternehmensverfassung)
Kölner Kommentar	zum Aktiengesetz, 1.Lieferung §§ 1-53, 2.Lieferung §§ 54-75, 3.Lieferung §§ 76-94, Köln-Berlin-Bonn-München 1970 ((Bearbeiter) in Kölner Kommentar)
Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar)	Zweitbearbeitung (Bonner Kommentar)

Krause, Hermann — Besprechung:Max Hachenburg,Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, II.Band,1.Lfg.,6.Aufl.,Berlin 1957, BB 1957,516

Kronstein,Heinrich — Anm. zu OLG Frankfurt/Main/JW 1930,2983 Nr.9 in JW 1930,2983 (betr.:Widerrufsgründe)

Vorstandsbestellung und Vorstandsanstellung,Zentralblatt für Handelsrecht 1932,127 (Vorstandsbestellung)

Kropff — Aktiengesetz .. mit Begründung des Regierungsentwurfs, Düsseldorf 1965 (Aktiengesetz)

Krüger,Hans — Die Bestellung und Anstellung des Vorstands der Aktiengesellschaft, Schwerin 1929 (Dissertation)

Kuhn,Georg — Die Rechtsprechung des BGH auf dem Gebiete des Aktienrechts, WM 1966, 50 (Die Rechtsprechung)

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Aktienrecht, Zweiter Teil, Die AG 1956,26 (Die Rechtsprechung 2.Teil)

Larenz — Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts,München 1967 (Allgemeiner Teil)

Lehrbuch des Schuldrechts,1.Band, Allgemeiner Teil, 10.Aufl.,München 1970 (Schuldrecht Bd.1)

Lehrbuch des Schuldrechts,2.Band, Besonderer Teil,9.Aufl.,München und Berlin 1968 (Schuldrecht Bd.2)

Methodenlehre der Rechtswissenschaft,Berlin-Göttingen-Heidelberg 1969, 2.Aufl. (Methodenlehre)

Lehmann,Karl — Das Recht der Aktiengesellschaften, Band 2, Berlin 1904; Neudruck der Ausgabe, Aalen 1964 (Aktiengesellschaften Bd.2)

Lehmann,Karl H. — Aktienrechtsreform 1965, Mondorf 1965 (Aktienrechtsreform)

Lehmann-Dietz — Gesellschaftsrecht, 3.Aufl.,Berlin und Frankfurt a.M. 1970 (Gesellschaftsrecht)

Lehmann-Hübner — Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15.Aufl.,Berlin 1966 (Allgemeiner Teil)

Leo,Hans Chr. — Die Rechtsstellung des Vorstandes der Aktiengesellschaft nach dem Regierungsentwurf eines neuen Aktiengesetzes, Die AG 1960, 261 (Die Rechtsstellung)

(Fortsetzung), Die AG 1960,292 (Die Rechtsstellung II)

von Mangoldt-Klein — Das Bonner Grundgesetz Band I,2.Aufl., Berlin und Frankfurt aM. 1957 (Grundgesetz Bd.1)

Mansfeld — Arbeitsrechtliche Bestimmungen des neuen Aktiengesetzes, ZAkDR 1937,628

Marsilius,Georg — Das Weisungsrecht der Hauptversammlung an den Vorstand der Aktiengesellschaft, Die AG 1961,278

Meilicke,Heinz — Fehlerhafte Aufsichtsratsbeschlüsse, Festschrift für Walter Schmidt zum 70.Geburtstag, S.71, Berlin 1959 (Fehlerhafte Aufsichtsratsbeschlüsse)

Mestmäcker — Verwaltung,Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe 1958, (Verwaltung)

Über das Verhältnis von Rechts- und Wirtschaftswissenschaft im Aktienrecht, JuS 1963,417

Meyer, Herbert	Handelsregistererklärung und Widerruf der Prokura, ZHR 81,365 (Handelsregistererklärung)
Mitbestimmung	im Unternehmen; Bericht der Sachverständigenkommission zur Auswertung der bisherigen Erfahrungen bei der Mitbestimmung (Mitbestimmungskommission) Bochum 1970, Deutscher Bundestag- 6.Wahlperiode, Drucksache VI/334 Sachgebiet 801
Möhring,Philipp	Das neue Aktiengesetz, NJW 1966,1
Möhring-Schwartz	Die Aktiengesellschaft und ihre Satzung, neu bearbeitet von Rowedder-Haberlandt,2.Aufl.,Berlin und Frankfurt a.M. 1966 (Die Aktiengesellschaft)
Möhring-Tank-Grass-Reuss	Handbuch der Aktiengesellschaft, Band 1, Köln-Marienburg 1967 (Handbuch Bd.1)
	Band 2, Köln-Marienburg 1967 (Handbuch Bd.2)
Molitor,Erich	Die Bestellung zum Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft, ihre Voraussetzungen und Folgen (Sonderabdruck aus der Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Viktor Ehrenberg),Leipzig 1927 (Die Bestellung)
	Die Kündigung, 2.Aufl.,Mannheim 1951 (Die Kündigung)
	Die Rechtsverhältnisse der Vorstandsmitglieder, Die AG 1957,193 (Die Rechtsverhältnisse)
	Anm. zu BAG/AP §133b GewO Nr.1 (zum Begriff des wichtigen Grundes im Sinne des § 133b GewO)

Monjau,H.	Die Wirksamkeit von fristlosen Kündigungen, "Die Information über Steuer und Wirtschaft", 1966,424
Morlock,Helmut	Das Anstellungsverhältnis des Vorstandsmitgliedes der Aktiengesellschaft, Dissertation Heidelberg 1939 (Das Anstellungsverhältnis)
Motive	zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I, Amtliche Ausgabe, 2.Aufl., Berlin 1896 (Motive Bd.I)
	Band II, Recht der Schuldverhältnisse, 2.Aufl.,Berlin 1896 (Motive Bd.II)
Müller-Erzbach	Das Aktiengesetz vom 30.Januar 1937 und das Aktienrechtsproblem, Jherings J. 87,73 (Das Aktiengesetz)
Neflin,Hermann	Die Verweigerung der Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat einer AG und deren Rechtsfolgen, NJW 1959, 1666 (Die Verweigerung)
Nikisch	Arbeitsrecht, I.Band,3.Aufl.,Tübingen 1961 (Arbeitsrecht I.Bd.)
Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2.Halbband, 15.Aufl.,Tübingen 1960 (A.T. 2.Halbbd.)
	Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 3.Aufl.,Köln-Berlin-München-Bonn 1965
	Anm. zu LAG Berlin/JW 1929,1708 Nr.1 in JW 1929,1708 (zum Anwendungsbereich der §§ 22,61 Ziff.1 KO)
Ott,Karl	Vorstandsbestellung und Vorstandsanstellung, Dissertation Heidelberg 1934 (Vorstandsbestellung)

Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 30. Aufl., München 1971
Pick	Anm. zu OLG Celle/JW 1926,2103 Nr.' in JW 1926,2103 (zu der Frage, ob die Gehaltsforderung eines Vorstandsmitglieds das Vorrecht des § 61 KO genießt)
Planck	Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Band I, 4.Aufl., Berlin 1913 (Bürgerliches Gesetzbuch Bd.1)
Pleyer,Klemens	Eigentum und Wirtschaftsordnung, JuS 1963,8
Protokolle	der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band II, Berlin 1898 (Protokolle Bd.2)
Protokolle	der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, I.Teil, Würzburg 1858 (Protokolle I.Teil)
	III.Teil, Würzburg 1858 (Protokolle III.Teil)
Quassowski,L.	Die neuen sozialen Bestimmungen des Aktienrechts, DArbR 1937,273
Raatz	Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle, Köln 1963
Rathenau	Vom Aktienwesen, Berlin 1917 (Vom Aktienwesen)
Reichel	Anm. zu OLG Hamburg/JW 1926,1592 Nr. 3 in JW 1926,1592 (zu der Frage,ob die Gehaltsforderung eines Vorstandsmitglieds das Vorrecht des § 61 KO genießt)

Reinhardt,Rudolf	Aktienrecht und Eigentumsordnung, Festschrift für Walter Schmidt zum 70. Geburtstag, S.23 Berlin 1959 (Eigentumsordnung)
Richert,Erich	Zur Frage der Amtsniederlegung des Vereinsvorsitzenden, SchlHAnz 1956,194 (Amtsniederlegung)
	Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des Vereins-,Gesellschafts- und Genossenschaftsvorstandes nach Amtszeitablauf, NJW 1957,1543 (Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis)
Ring-Schachian	Die Praxis der Aktiengesellschaft, Berlin-Leipzig 1929 (Die Praxis)
Ritter,Carl und Ritter,Justus	Aktiengesetz mit Einführungsgesetz, Durchführungsverordnungen und Einführungsverordnungen für Österreich und die sudetendeutschen Gebiete, erläutert von Carl Ritter, 2.Aufl., Berlin und München 1939 (AktG)
Rosenberg	Die Beweislast, 5.Aufl.,München und Berlin 1965 (Die Beweislast)
Roth	Das nachträgliche Unvermögen des Schuldners, JuS 1968,101 (Das nachträgliche Unvermögen)
Rumpf,M.	Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte, Mannheim (Vertrauensgeschäfte)
Ruth	Anm. zu RG/JW 1937,683(685 III) (betr. die Organhaftung des fehlerhaft bestellten Organmitglieds)
Sauter-Schweyer	Der eingetragene Verein, 7.Aufl., München 1968 (Der eingetragene Verein)

Schlegelberger-Quassowski	Aktiengesetz vom 30.Januar 1937, 2.Aufl.,Berlin 1937 (AktG)
Schmidt,Walter	Anm. zu BGH/JZ 1951,688 in JZ 1951,689 (betr. die Wirkung einer Verlängerungsklausel im Anstellungsvertrag und die rechtliche Trennung zwischen Bestellung und Anstellungsvertrag
	Gesellschaftsrechtliche Probleme, JR 1949,553 (Gesellschaftsrechtliche Probleme)
	Die Verfassung der Aktiengesellschaft, "Beiträge zur Aktienrechtsreform", Hans Hengeler, Heidelberg 1959, S.42 (Die Verfassung)
Scholz,Franz	Der wichtige Grund, SJZ 1949,1 (Der wichtige Grund)
Schroeter,Kurt	AG-Vorstand und Versicherungspflicht, der arbeitgeber, 1968, 197
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch Band 1, Allgemeiner Teil, 10.Aufl., Stuttgart 1967 (I.Band)
	Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht I, 10.Aufl.,Stuttgart 1967 (II.Band)
	Bürgerliches Gesetzbuch Band 3, Schuldrecht II, 10.Aufl., Stuttgart 1969 (III.Band)
Spieker,Wolfgang	Die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder eines mehrköpfigen Vorstands in der nicht konzerngebundenen Aktiengesellschaft, DB 1962, 927 (Die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit)

Spieker (Forts.)	Rechtsfolgen fehlerhafter Anstellung eines Vorstandsmitglieds DB 1964,1287 (Rechtsfolgen)
Stadtmüller,J.	Die gesellschaftsrechtliche Stellung des Arbeitsdirektors, Dissertation, Münster 1964
Staub	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, vierter Band, 2.Halbband (§§ 178-342 a), 14. Aufl., Berlin und Leipzig 1930 (Kommentar zum HGB)
Staub-Pisko	Kommentar zum allgemeinen Handelsgesetzbuch, Ausgabe für Österreich, I.Band, zweiter Teil, 8. Aufl., Wien 1948 (Kommentar zum AHGB)
Staudinger	II.Band,Recht der Schuldverhältnisse,3.Teil, §§ 611-704, 11.Aufl., Berlin 1956 (II.Bd. 3.Teil)
	III.Band,Sachenrecht, 1.Teil, §§ 854-1017, 11.Aufl.,Berlin 1956 (III.Bd.1.Teil)
Suhr,D.	Eigentumsinstitut und Aktieneigentum, Hamburg 1966
Teichmann-Koehler	Aktiengesetz,3.Aufl.,bearbeitet von Koehler,Heidelberg 1950 (Aktiengesetz)
Titze	Anm. zu RGZ 104,24 Nr.1 betr. die Anfechtung des § 626 BGB.
Treumann,Paul	Zur Zulässigkeit der Leistung und Annahmeverzug beim Arbeitsvertrage, Breslau 1913 (Zulässigkeit der Leistung
von Tuhr,A.	Der allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Leipzig 1914 (Der Allgemeine Teil

Veith,Günter — Fehlerhafte Anstellung von Vorstandsmitgliedern, DB 1965,807 (Fehlerhafte Anstellung)

Vischer,Wolfgang — Die Abberufung von Vorstandsmitgliedern der Aktiengesellschaft, Dissertation Köln 1965 (Die Abberufung)

Werth — Vorstand und Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft, Düsseldorf 1960 (Vorstand und Aufsichtsrat)

Wieczorek — Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Band III, Berlin 1957 (Zivilprozeßordnung)

Wiedemann,Herbert — Richterliche Kontrolle privater Vereinsmacht, JZ 1968,219

Wiethölter,R. — Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht, Karlsruhe 1961 (Interessen)

Wilburg,Walter — Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163,346

Wilrodt-Neumann — Schwerbeschädigtengesetz, 2.Aufl., München und Berlin 1964

Wimpfheimer, Heinrich — Zum Begriff der Sorgfaltspflicht von Aufsichtsrat und Vorstand, Festschrift für Albert Pinner zum 75. Geburtstag, Berlin und Leipzig 1932, S.636

Wolff,H. — Über faktische Vertragsverhältnisse, NJW 1953,1250

Wolff,Martin — Reichsverfassung und Eigentum, Festschrift für Kahl, Tübingen 1923 (Reichsverfassung)

Wolff-Raiser	Sachenrecht, 10.Bearbeitung, Tübingen 1957 (Sachenrecht)
Würdinger	Aktienrecht, Karlsruhe 1959 (Aktienrecht)
	Aktien- und Konzernrecht, 2.Aufl., Karlsruhe 1966 (Aktien- und Konzernrecht)
Zeiß	Das Aktiengesetz 1965, Erläuterungen unter besonderer Berücksichtigung d r Verhältnisse kommunaler Gesellschaften, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1966 (Aktiengesetz 1965)
Zempelin,Hans G.	Fragen der Aufsichtsratshaftung, AcP 155,209 (Aufsichtsratshaftung)
Zitelmann,F.C.	Ueber die Amtsniederlegung von Aufsichtsrathsmitgliedern der Aktiengesellschaften vor Ablauf ihrer Wahlperiode nach altem und neuem Recht, ZHR 52,31 (Amtsniederlegung)

A. Einleitung und Abgrenzung des Themas

Das Aktiengesetz [1] unterscheidet in §84, insbesondere in Abs.I, die Bestellung und den Anstellungsvertrag. Die Sätze 1-4 in Abs.III regeln die Beendigung der Bestellung durch einen Widerruf; Abs.III Satz 5 bestimmt,daß für Ansprüche aus dem Anstellungsvertrag die allgemeinen Vorschriften gelten. Die Verwendung der beiden unterschiedlichen Begriffe legt den Schluß nahe,daß Bestellung und Anstellungsvertrag rechtlich selbständig zu beurteilen sind.

Geht man hiervon zunächst einmal aus [2], so ist die Bedeutung der beiden Begriffe Bestellung und Anstellungsvertrag zu prüfen. Daran anschließend stellt sich die Frage, in welchem rechtlichen Verhältnis Bestellung und Anstellungsvertrag zueinander stehen, ob und gegebenenfalls inwieweit die Bestellung und die für sie geltenden Vorschriften den Anstellungsvertrag beeinflussen.

Das Schrifttum [3] über Bestellung und Anstellungsvertrag von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft beschränkt sich,soweit ersichtlich, im wesentlichen darauf,Bestellung und Anstellungsvertrag selbständig auf ihre

---

1 Das Aktiengesetz vom 6.September 1965 (BGBl. I S.1089) wird im folgenden Text nur nach §§ zitiert.

2 Näheres hierzu: s.u. S.3 ff

3 Baumbach-Hueck,AktG,§84 RNr.3,6;zu Bestellung und Widerruf:RNr.4,5 und 12-16;zum Anstellungsvertrag und seiner Beendigung:RNr. 6-10 und 17,18.-Godin-Wilhelmi,AktG 3.Aufl., Bd.1,§84,Anm3;zu Bestellung und Widerruf: Anm4-7,12-14;zum Anstellungsvertrag und seiner Beendigung:Anm8-11,15.-Schmidt-Meyer-Landrut in Gadow-Heinichen,AktG,§75,Anm1,8, 16.-Vischer,Die Abberufung von Vorstandsmitgliedern der Aktiengesellschaft,S.65-67.- Morlock,Das Anstellungsverhältnis des Vorstandsmitgliedes der Aktiengesellschaft,S.2-4.-Dietel,Der Widerruf der Bestellung zum Vorstandsmitglied bei Vertrauensentzug der Hauptversammlung, S.6-7.

rechtlichen Voraussetzungen und auf die sich aus den beiden Rechtsgeschäften ergebenden Rechte und Pflichten zu untersuchen. Die Frage nach dem Verhältnis zwischen Bestellung und Anstellungsvertrag wird nur gestreift.[1]

---

1 Vgl. Meyer-Landrut in Gadow-Heinichen, AktG 3.Aufl. 2.Lieferung §84 Anm.49,50; Mertens in Kölner Kommentar §84 Anm.3,4,54

B. Unterscheidung zwischen Bestellung und Anstellungsvertrag

Es ist heute wohl allgemeine Ansicht, daß Bestellung und Anstellungsvertrag zu unterscheiden sind.[1]

Zwar vertraten v.Godin-Wilhelmi in der Vorauflage ihres Kommentars [2] die Ansicht, Bestellung und Anstellungsvertrag bildeten eine Einheit, ein "einheitliches Bestellungsrechtsverhältnis, in welches alle vertraglichen rechtlichen Beziehungen von Vorstand und Aktiengesellschaft aufgehen." [3] Dieses ende mit dem Widerruf. Das Vorstandsmitglied behalte nur die Ansprüche, die sich aus allgemeinen Vorschriften über das Verhältnis zwischen Vorstandsmitglied und Aktiengesellschaft ergeben (zB aus § 628 BGB). [4] Die Autoren wandten sich gegen die auch ihrer Ansicht

---

1 Möhring-Tank-Grass-Reuss, Handbuch Bd.1 S.I 86 RZiff.190; S.I 90 RZiff.198; Balser, Die Aktiengesellschaft, S.65; Ganssmüller, Anmerkung, 1.); Godin-Wilhelmi, AktG Bd.I 3.Aufl. §84 Anm.3; Dietel, Der Widerruf der Bestellung, S.6; Vischer, Die Abberufung, S.65; Kuhn, Die Rechtsprechung, 4.; Grub, Rechtliche Stellung, B.; B(B)II2.b); Hueck,A.,Die Rechtsstellung, 2.; Dersch, Die Rechtsstellung, IV 4a 2.; Schmidt,W.,Anmerkung, 2.; Morlock, Das Anstellungsverhältnis, B II3.; Herold, Der Vorstand, S.493; BGH/BB 1953,691 Nr.1602 2.; nach Fleck, Das Dienstverhältnis, II 1. sind Bestellung und Anstellungsvertrag rechtlich zu trennen. Beide Rechtsgeschäfte bedingen sich nicht wechselseitig und können ein unterschiedliches Schicksal haben.

2 AktG 2.Aufl., §75 Anm.2

3 So auch Ritter, AktG §75 2a; 2h; v.Godin, Natur des Vorstandsvertrages; Hefermehl, Vorstandsverträge, hält die Annahme eines einzigen einheitlichen Bestellungsverhältnisses für vertretbar,wenn Vorstandsmitglieder unentgeltlich tätig werden sollen oder wenn in dem Bestellungsbeschluß auch die Bezüge des Vorstandsmitglieds festgelegt sind.-Ebenso für das Rechtsverhältnis zwischen GmbH und Geschäftsführer: Schilling in Hachenburg §35 Anm.40,44;Einl. zu §38; Krause, Besprechung, BB 1957, 516.

nach in §75 AktG37 zum Ausdruck gekommene und von der herrschenden Meinung vertretene Unterscheidung zwischen Bestellung und Anstellungsvertrag.[1] Nur die Annahme eines"einzigen, einheitlichen Bestellungsrechtsverhältnisses" könne den rechtlichen Beziehungen zwischen dem Vorstandsmitglied und der AG gerecht werden.

In der 3. Auflage des Kommentars lassen es die Bearbeiter [2] dahingestellt, ob die in der Vorauflage vertretene Ansicht zutreffend war; jedenfalls sei sie vom Gesetzgeber nicht übernommen worden. Im Aktiengesetz 65 werde zwischen Bestellung und Anstellungsvertrag unterschieden.

Es ist richtig, daß Bestellung und Anstellungsvertrag nach der im Aktiengesetz getroffenen Regelung voneinander zu unterscheiden sind.[3] Dies zeigen insbesondere die Bestimmungen des § 84 III 4 und 5. [4] Aus ihnen folgt, daß der Anstellungsvertrag auch über das Ende der Bestellung hinaus fortbestehen kann. § 84 III 4 zufolge ist ein Widerruf auch ohne das Vorliegen eines wichtigen Grundes [5] wirksam, bis seine Unwirksamkeit rechtskräftig festgestellt ist.Der Widerruf führt, jedenfalls vorübergehend, zu einer Beendigung der Bestellung. Die Bestimmung des §84 III4 gilt nicht für den Anstellungs-

---

1 AktG § 75 Anm.2a (2.Aufl.);nach Ritter,AktG § 75 2. scheint das Gesetz in § 75 I AktG37 von zwei Verträgen auszugehen. Falls das der Fall sein sollte, handelte es sich seiner Ansicht nach um einen Irrtum.

2 H. und S. Wilhelmi, Bd.1, § 84 Anm.3

3 Kropff, Aktiengesetz , BegrRegE zu §84:" Der Entwurf hält an der Unterscheidung zwischen der Bestellung und dem Anstellungsvertrag fest."

4 Godin-Wilhelmi, AktG Bd.1, 3.Aufl., §84 Anm.3

5 § 84 III1 schreibt vor, daß der Widerruf einen wichtigen Grund voraussetzt.

vertrag.[1] Für die Ansprüche aus diesem Vertrag kommen, § 84 III5 zufolge, die allgemeinen Vorschriften zur Anwendung. Ansprüche aus einem Vertrag kann es nur bei Bestehen dieses Vertrages geben. Das Fortbestehen der Ansprüche setzt die Weitergeltung des Anstellungsvertrages voraus.[2] Die Fortdauer oder Beendigung des Vertrages richtet sich also nach allgemeinen Vorschriften (§ 84 III5). Danach setzt bei einem Dienstvertrag die fristlose Kündigung aus wichtigem Grund voraus, daß Tatsachen vorliegen, "auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung nicht zugemutet werden kann."(§ 626 I BGB). Die Kündigung kann nur innerhalb einer Frist von zwei Wochen erfolgen (§ 626 II1 BGB).[3] Spricht der Aufsichtsrat eine fristlose Kündigung aus, ohne daß diese Voraussetzungen vorliegen, so ist die Kündigung unwirksam; der Anstellungsvertrag besteht fort.

Diese Rechtsfolgen,zumindest vorübergehend wirksamer Widerruf der Bestellung einerseits,unwirksame fristlose Kündigung,das heißt Fortbestehen des Anstellungsvertrages andererseits, setzen voraus, daß Bestellung und Anstellungsvertrag rechtlich voneinander zu trennen sind.

---

1 BGH/LM § 75 Nr.5

2 Zwar laufen mit der Beendigung des Anstellungsvertrages nicht notwendig alle rechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien aus. Dem ehemaligen Vorstandsmitglied stehen möglicherweise Ansprüche auf Altersversorgung, auf Vergütungen für Patente und ähnliches zu. Es versteht sich aber von selbst,daß diese Ansprüche nach den allgemeinen Vorschriften zu beurteilen sind.Dazu bedürfte es nicht der besonderen Vorschrift in § 84 III5.

3 Zur Berechnung der Frist vgl. §626 II2 BGB

C. Bestellung

Die Aktiengesellschaft muß als juristische Person Organe haben, um im Rechtsleben tätig werden zu können.[1] Das Organ, dem die Leitung der AG obliegt, ist der Vorstand (§ 76 I). Ihm ist die Geschäftsführung und die Vertretung der AG übertragen (§§ 77, 78). Die AG handelt durch ihn.[2] Seine Handlung ist Körperschaftshandlung.[3] Er ist der ständige Repräsentant der AG.[4]

Der Vorstand als Organ entsteht durch die Bestellung der einzelnen Vorstandsmitglieder. Die Bestellung wird allgemein als ein körperschaftlicher Akt bezeichnet,[5] durch den für den Berufenen die gesetzlich festgelegten Rechte und Pflichten eines Vorstandsmitglieds entstehen. Im folgenden Teil werden die Voraussetzungen für eine Bestellung untersucht. Ihre Kenntnis ist notwendig, um später den Einfluß von Mängeln auf die Wirksamkeit der Bestellung beurteilen zu können. Soweit einzelne Mängel zur Unwirksamkeit der Bestellung führen, können sie unterschiedliche Auswirkungen auf den Anstellungsvertrag haben.

1. Zuständigkeit für die Bestellung

Für die Bestellung ist der Aufsichtsrat zuständig (§ 84 I1). Diese Vorschrift ist zwingend.[6]

---

1 Godin-Wilhelmi, AktG Bd.1, 3.Aufl.,§76 Anm.2

2 Dose, Die Rechtsstellung, S.7

3 Staub-Pisko, Kommentar zum ADHGB, Art.227 §1 I1; Ring-Schachian, Die Praxis, S.169

4 Fischer in Ehrenberg, B §40 1.I

5 Herold, Der Vorstand, S.493; Schlegelberger-Quassowski, AktG §75 Anm.2; BGH/BB 1951, 654 Nr.1682

6 Veith, Fehlerhafte Anstellung I 2a).- Vgl. für Ausnahmefälle §85 (Bestellung durch das Gericht (§145 FGG)).

Das Recht zur Bestellung kann weder durch einen Aufsichtsratsbeschluß noch durch eine Satzungsbestimmung einem Aufsichtsratsausschuß (§ 107 III2) oder einem einzelnen Aufsichtsratsmitglied [1] übertragen werden. [2]

Für die Bestellung sind auf Seiten der AG ein Bestellungsbeschluß und eine Bestellungserklärung des Aufsichtsrats an den Berufenen erforderlich. Die ausschließliche Zuständigkeit des gesamten Aufsichtsrats besteht für den Bestellungsbeschluß; die Beschlußfassung kann einem Ausschuß nicht übertragen werden (§ 107 III letzter Halbs.). Der Grund für diese Regelung liegt darin, daß die Wahl eines Vorstandsmitglieds für die AG und ihre weitere Entwicklung von besonderer Bedeutung ist oder zumindest sein kann. Alle Aufsichtsratsmitglieder sollen sich in jedem Fall einer Bestellung mit den in Frage kommenden Personen befassen und ihre Ansichten äußern. Auf diese Weise wird am ehesten eine gute Wahl gewährleistet. [3]

Es kommt hinzu, daß eine erfolgreiche Geschäftsentwicklung nicht zuletzt von einer guten Zusammenarbeit zwischen Vorstand und Aufsichtsrat abhängt. Bei der Wahl durch den gesamten Aufsichtsrat steht zumindest immer die Mehrheit seiner Mitglieder hinter der Person des neuen Vorstandsmitglieds.

Ist eine Entscheidung über die Person des neuen Vorstandsmitglieds, den Zeitraum seiner Tätigkeit für die AG und über sein Arbeitsgebiet gefallen, so liegt in der Mitteilung dieses Be-

---

1 BGHZ 41,285; vgl. BegrRegE zu § 107 (§ 104 RegE) bei Kropff, Aktiengesetz (S.150)

2 Baumbach-Hueck, AktG, § 84 RZiff.4

3 Geiler, Strukturwandlungen, S.17: " Eine seiner" (des Aufsichtsrats) "wichtigsten Verwaltungsfunktionen ist, tüchtige und zuverlässige Vorstandsmitglieder zu finden."

schlusses an den Berufenen lediglich eine genau festgelegte Ausführungshandlung. Die Erklärung ist inhaltlich immer die gleiche, ob nun der gesamte Aufsichtsrat sie abgibt oder nur ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied oder ein Nicht-Aufsichtsratsmitglied. § 107 III2 iVm § 84 I1 findet auf die Abgabe der Bestellungserklärung keine Anwendung.

Für den Bestellungsbeschluß ist der Aufsichtsrat in seiner Gesamtheit ausschließlich zuständig (§ 107 III2 iVm § 84 I1). Bei der Abgabe einer Bestellungserklärung kann er sich vertreten lassen. Er kann einem einzelnen Aufsichtsratsmitglied oder auch einem Vorstandsmitglied, das als Bote auftritt, [1] die Mitteilung übertragen.

2. Mitwirkung des Berufenen bei der Bestellung

Für eine Bestellung könnte die einseitige Berufung durch den Aufsichtsrat genügen; es wäre aber auch denkbar, daß es zusätzlich einer Einverständniserklärung des Berufenen bedürfte. Das Aktiengesetz enthält darüber keine Bestimmung (vgl. §84; ebensowenig seine Vorgänger: §75 AktG37, §231 HGB; §§ 227,228 ADHGB).

In der Literatur werden unterschiedliche Ansichten vertreten. Nach einer Meinung [2] reicht die bloße Mitteilung der Berufung an den Betroffenen aus; die entgegengesetzte Ansicht [3] verlangt den Abschluß eines Bestellungsvertrages, hält dabei aber an der rechtlichen Trennung zwischen Bestel-

---

1 BGHZ 12,334 ff

2 Grub, Rechtliche Stellung, B(B) III2.; v.Tuhr, Der Allgemeine Teil, §37 I, der allerdings die Zustimmung des Betroffenen verlangt, soweit es um die Entstehung der einem Vorstandsmitglied obliegenden Pflichten geht.

3 Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, § 20 I 2a; Vischer, Die Abberufung, S.44

lungs- und Anstellungsvertrag fest.[1]

Eine vermittelnde Ansicht [2] sieht in der Bestellung eine einseitige Berufung in den Vorstand, also eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die allerdings einer ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Übernahme der Organstellung, einer Unterwerfung [3] durch den Berufenen bedürfe.

Zur Bestellung wäre jedenfalls dann eine Mitwirkungshandlung des Betroffenen -sei es in Form der Unterwerfung, sei es in Form der Vertragsannahme- erforderlich, wenn diesem durch die Bestellung Pflichten auferlegt würden. Im privatrechtlichen Bereich können einem Dritten ohne seine Zustimmung grundsätzlich keine Pflichten auferlegt werden.[4] Das ergibt sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Aus diesem Grundsatz folgt das Recht jedes einzelnen, über den ihn im privatrechtlichen Bereich treffenden Pflichten-

---

1 Wohl auch Lehmann, Aktiengesellschaften Bd.2, II §69; v.Gierke, Die automatische Verlängerung, S.166.- Auch von Godin in Godin-Wilhelmi, AktG 2.Aufl., §75 Anm.2 und Ritter, AktG, §75 2.h nehmen einen körperschaftlichen Bestellungsvertrag an, allerdings ohne davon den Anstellungsvertrag noch zu unterscheiden.

2 Schmidt-Meyer-Landrut in Gadow-Heinichen, AktG, §75 Anm.1; ebenso:Schlegelberger-Quassowski, AktG §75 Anm.2,3; Ring-Schachian, Die Praxis, S.175; Staub-Pisko, Kommentar zum ADHGB, §16 III1, bearbeitet von Bondi; Morlock, Das Anstellungsverhältnis, S.2; Enke, Die Bestellung zum Vorstandsmitglied, S.8; wohl auch Teichmann-Koehler, AktG, §75 1.; Baumbach-Hueck, AktG, §84 RZiff.4; Möhring-Tank-Grass-Reuss, Handbuch Bd.1, S. I 86 (RNr.190).

3 Kronstein, Vorstandsbestellung, III

4 Vgl. Larenz, Schuldrecht 1.Bd., §11 IV.-Dagegen ist eine Erweiterung des Rechtskreises eines Dritten ohne dessen Zustimmung in bestimmten Fällen zulässig: zB die Erteilung einer Vollmacht (§ 167 BGB), der Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB).

kreis selbständig und frei zu entscheiden, soweit das Gesetz nicht etwas anderes vorschreibt.

Im Aktiengesetz findet sich keine Bestimmung, die jemanden zur Übernahme der Vorstandsmitgliedschaft verpflichtet. Somit bedarf es der Zustimmung der Berufenen, falls ihm durch die Bestellung Pflichten auferlegt werden.

Das Aktiengesetz enthält eine Vielzahl von Bestimmungen, nach deren Wortlaut das Organ Vorstand und seine Mitglieder bestimmte Pflichten treffen (zB §§ 81, 83 I1,2,II, 88, 90, 91, 92, 148).[1] Bei der Erfüllung ihrer Pflichten, der Geschäftsführung im weitesten Sinne,[2] haben die Vorstandsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden (§ 93 I1). Aus diesen Bestimmungen folgt noch nicht notwendig, daß die Pflichten mit der Bestellung entstehen. Es wäre denkbar, daß der Berufene sie erst mit Abschluß des Anstellungsvertrages übernimmt.[3]

Die in der Literatur herrschende Meinung[4] geht davon aus, daß die Pflichten des Vorstandsmitglieds mit der Annahme seiner Bestellung entstehen. Demgegenüber nehmen Baumbach-Hueck[5] offenbar an, maßgebend für den Beginn der Pflichten sei die Anstellung, "da sie die Grundlage für die schuldrechtlichen Pflichten des Vorstandsmitglieds gegenüber der Gesellschaft bil-

---

1 Das Aktiengesetz spricht an einzelnen Stellen vom Vorstand, an anderen von Mitgliedern des Vorstands. Auf diese Unterscheidung kommt es bei der hier untersuchten Frage nicht an. Grundsätzlich treffen auch die Pflichten, die das Gesetz dem Vorstand als Organ auferlegt, alle Vorstandsmitglieder.

2 Baumbach-Hueck, AktG §93 RZiff.6

3 Eckartsberg, Die Anstellungsverträge, erörtert beide Möglichkeiten (S.13ff,16ff), ohne daß er sich auf eine festlegt.

4 Godin-Wilhelmi, AktG Bd.1, 3.Aufl., §93 Anm.3; Schilling in Gadow-Heinichen, AktG, §84 Anm.3.

5 AktG, §93 RZiff.5

det." [1]

Die Frage, wann die das Vorstandsmitglied treffenden Pflichten entstehen, läßt sich nicht für alle Fälle einheitlich beantworten. Es kommt auf die Art der Pflichten an. Handelt es sich um solche, die das Vorstandsmitglied als Teil der AG für die AG erfüllen muß, sind es Organpflichten, die mit der Bestellung entstehen. Dafür kommen zum Beispiel die Vorschriften in Betracht, die den Vorstandsmitgliedern bestimmte Aufgaben dem Aufsichtsrat und der Hauptversammlung gegenüber auferlegen (zB §§ 83 I, 90), zum anderen Bestimmungen, die im öffentlichen Interesse geschaffen sind (zB §91, §§ 148ff), zum dritten Vorschriften, die dem Schutz des Rechtsverkehrs dienen (zB §§ 36 II, 81).

Soweit es sich dagegen um Pflichten handelt, die das Vorstandsmitglied als Dritter gegenüber der AG erfüllen muß, sind es solche vertraglicher Art. Sie entstehen erst mit Abschluß des Anstellungsvertrages (zB § 88).

Der eigentliche Unterschied liegt demnach darin, daß es sich bei den Organpflichten um Pflichten und Aufgaben der AG handelt, die das Vorstandsmitglied erfüllen muß, während die vertraglichen Pflichten -nur- eigene des Vorstandsmitglieds sind.

Die Organpflichten treffen den Berufenen von dem Augenblick ab, in dem er zum Vorstandsmitglied bestellt ist. [2] Ob es sich bei diesen Verpflichtungen, jedenfalls teilweise, um öffentlich-

---

1 Dabei ist es zweifelhaft, ob Baumbach-Hueck neben den schuldrechtlichen Pflichten auch Organpflichten anerkennen, die schon im Zeitpunkt der Bestellung entstehen würden. Dafür spricht, daß für die Bestellung die Zustimmung des Berufenen verlangt wird (§ 84 RZiff.4).

2 V. Godin, Natur des Vorstandsvertrages, ZAkDR 1938, 596/597

rechtliche Pflichten [1] handelt, ob sie im öffentlichen Interesse auferlegt werden [2] oder rein im privatrechtlichen Bereich, ist hier ohne Bedeutung; denn jedenfalls entstehen diese Pflichten kraft Gesetzes mit der Bestellung, und ihre Verletzung wird zum Teil unter Strafe gestellt (§§ 399 ff).

Die Übernahme derartiger Pflichten, deren Verletzung in einigen Fällen sogar zu einer Bestrafung führen kann, setzt das Einverständnis des Betroffenen voraus.

Die AG muß die Stellung eines Vorstandsmitglieds anbieten, der Berufene kann diesem Angebot zustimmen oder es ablehnen. Mit der Zustimmung wird die Bestellung wirksam, ist der Berufene Vorstandsmitglied. Es kann dahingestellt bleiben, ob mit der Zustimmung ein Bestellungsvertrag geschlossen wird oder nicht. Die Zustimmung ist eine Willenserklärung, die auf eine Rechtsfolge gerichtet ist, auf die Übernahme der Vorstandsmitgliedschaft. Eine Unterscheidung dahin, ob es sich um einen bloßen Mitwirkungsakt oder um eine Vertragsannahme handelt, bleibt in dem hier interessierenden Zusammenhang ohne praktische Bedeutung. Es handelt sich bei dieser Unterscheidung lediglich um verschiedene dogmatische Einordnungen der Zustimmungserklärung, ohne daß daraus auch unterschiedliche Wirksamkeitsvoraussetzungen folgten.

---

1 so Boesebeck, Geschäftsführung und Verantwortung, 3.; Molitor, Die Bestellung, S.7; Morlock, Das Anstellungsverhältnis, S.3; Goldschmit, Die Aktiengesellschaft, § 231 18.; Baumbach-Hueck, AktG 12. Aufl., § 70 RZiff.4; RGSt 13,235(237).

2 Brodmann, Aktienrecht, § 231 4.a); Lehmann, Aktiengesellschaften Bd.2, II § 71; Fischer in Ehrenberg, B § 42 3. II1; RGSt 13,235(239); RGZ 46,60 (61) zu § 34 GenG.

3. Eintragung der Bestellung ins Handelsregister

Die Bestellung zum Vorstandsmitglied bewirkt eine Änderung des Vorstands in seiner Zusammensetzung. Jede Änderung ist dem Handelsregister zur Eintragung anzumelden (§ 81).

Die Eintragung ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Bestellung. Sie wirkt nur deklaratorisch. [1]

4. Persönliche Voraussetzungen zur Eignung als Vorstandsmitglied

a. Natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person

Nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person kann wirksam zum Vorstandsmitglied bestellt werden (§ 76 III). Weitere persönliche Eigenschaften verlangt das Gesetz nicht. Sie können aber in der Satzung niedergelegt werden. [2]

b. Vorstandsmitgliedschaft und Mitgliedschaft im Aufsichtsrat

Im Gesetz findet sich die Bestimmung, daß ein Aufsichtsratsmitglied nicht zugleich Vorstandsmitglied sein kann (§105 I).[3] Diese Vorschrift verbietet die gleichzeitige Mitgliedschaft im Aufsichtsrat und Vorstand derselben AG.

---

1 Baumbach-Hueck, AktG, §81 RZiff.4; Godin-Wilhelmi, AktG Bd.1, 3.Aufl.,§81 Anm.2; Lehmann,Aktiengesellschaften Bd.2,II §69; Ring-Schachian, Die Praxis,S.174;BGHStr 3, 32(39)

2 Godin-Wilhelmi,Aktiengesetz Bd.1,3.Aufl., § 76 Anm.8

3 §105 II läßt zwar die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern für höchstens ein Jahr zu Stellvertretern von fehlenden oder behinderten Vorstandsmitgliedern zu. Während ihrer Amtszeit als Stellvertreter ist ihnen aber die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied

c. Vorstandsmitgliedschaft bei gleichzeitiger Mitgliedschaft im Vorstand einer anderen Aktiengesellschaft

Ist jemand Vorstandsmitglied einer AG, so darf er ohne Einwilligung des Aufsichtsrats dieser AG nicht Mitglied des Vorstands einer anderen Handelsgesellschaft werden (§ 88 I).[1] Diese Bestimmung könnte für sich allein so auszulegen sein, daß die zweite Bestellung ohne die erforderliche Zustimmung unwirksam ist.

Der Gesetzgeber hat aber in § 88 II die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Wettbewerbsverbot des § 88 I geregelt. Danach kann die AG, deren Vorstandsmitglied der Betreffende zuerst war, Schadensersatz oder Herausgabe der bezogenen Vergütung von dem Vorstandsmitglied verlangen.[2] Diese Rechtsfolgen setzen voraus, daß die zweite Bestellung wirksam ist.

Die Vorstandsmitgliedschaft in einer AG hindert nicht die Berufung derselben Person in den Vorstand einer anderen AG.[3]

d. Vorstandsmitgliedschaft und Beamtenstellung

Die Berufung eines Beamten zum Vorstandsmitglied ist zulässig. Zwar bedarf der Beamte zum Eintritt in den Vorstand einer Gesellschaft der vorherigen Zustimmung seiner obersten Dienstbehörde (§ 65 I Nr.3 iVm III BBG).[4] Das Fehlen der Zustimmung beeinträchtigt die Wirksamkeit der Bestellung jedoch nicht.[5]

---

1 Im Gesetz heißt es statt "werden" "sein".Mit dem Wort "werden" soll die zeitliche Reihenfolge ausgedrückt werden.

2 Vgl. die ähnlichen Vorschriften in §§ 60, 112,113 HGB

3 Denselben Standpunkt vertritt auch der Regierungsentwurf (Kropff,Aktiengesetz,zu § 88).

4 Die oberste Dienstbehörde kann die Genehmigungsbefugnis auf nachgeordnete Behörden übertragen (§ 65 III BBG).

5 Godin-Wilhelmi,AktG Bd.1,3.Aufl.,§76 Anm.8; Baumbach-Hueck,AktG, §76 RZiff.9;Schmidt-Meyer-Landrut in Gadow-Heinichen,AktG §75Anm5

5. Dauer der Bestellung

Vorstandsmitglieder können höchstens auf fünf Jahre bestellt werden (§ 84 I1). Diese Bestimmung ist zwingend. [1]

Die Fünfjahresfrist läuft vom Anfang der Amtszeit an. [2] Die Amtszeit beginnt im Falle einer aufschiebend befristeten Bestellung erst nach Ablauf der Frist, im Falle einer aufschiebend bedingten Bestellung erst mit Eintritt des ungewissen Ereignisses.

Eine wiederholte Bestellung oder eine Verlängerung der Amtszeit, allerdings wieder nur für jeweils höchstens fünf Jahre, ist zulässig (§ 84 I2). Dafür bedarf es eines neuen, und zwar ausdrücklichen [3] Aufsichtsratsbeschlusses (§ 84 I3). Dieser erneute Aufsichtsratsbeschluß kann frühestens ein Jahr vor Ablauf der Bestellung gefaßt werden (§ 84 I3).

Wird ein Vorstandsmitglied für fünf Jahre bestellt, so kann der Aufsichtsrat erst nach Ablauf von vier Jahren über eine Weiterbestellung beschließen. Ein früher gefaßter Beschluß ist wirkungslos. [4]

Die Bestellung endet, wenn im letzten, also im fünften Jahr kein erneuter Beschluß gefaßt wird.

Erfolgt eine Bestellung für weniger als fünf Jahre, so kann bei der Bestellung eine automatische Verlängerung der Amtszeit festgelegt werden, "sofern dadurch die gesamte Amtszeit nicht mehr als fünf Jahre beträgt." (§ 84 I4). Nur in diesem Rahmen ist eine Verlängerung ohne erneuten Aufsichtsratsbeschluß zulässig.

---

1 Hueck, Die Rechtsstellung, 8.
2 Frels, Harro, Handelsregisterliche Fragen, 1.
3 s.u. S. 34 f
4 Godin-Wilhelmi, AktG Bd.1, 3.Aufl., § 84 Anm.6

D. Anstellungsvertrag

1. Zuständigkeit auf Seiten der AG für den Abschluß des Anstellungsvertrages

Die Vorschrift über die Zuständigkeit des Aufsichtsrats für die Bestellung gilt sinngemäß auch für den Anstellungsvertrag (§ 84 I5). Für die Bestellung ist nach der unabdingbaren Bestimmung des § 84 I1 der Aufsichtsrat zuständig.[1] Der Abschluß des Anstellungsvertrages fällt also ebenfalls in die ausschließliche Zuständigkeit des Aufsichtsrats.[2] Hiermit ist noch nichts darüber gesagt, ob der Aufsichtsrat diese Aufgabe einem Aufsichtsratsausschuß übertragen kann. Dabei geht es nur um die Übertragung des Aufsichtsratsausschusses, den Inhalt des Anstellungsvertrages auszuhandeln und den Vertrag abzuschließen.[3]

In der Literatur[4] wird allgemein die Ansicht vertreten, daß der Anstellungsvertrag von einem Aufsichtsratsausschuß abgeschlossen werden kann. § 107 III2 verweise nur auf § 84 I1 und 3, verbiete also nur die Übertragung der Bestellung auf einen Ausschuß, nicht den Abschluß des Anstellungsvertrages. Durch die Verweisung in § 84 I5 auf Satz 1 solle nur diese Vorschrift sinngemäß zur Anwendung kommen, nicht aber alle sich auf Satz 1 beziehende Bestimmungen.[5]

---

1 s.o.S.6ff

2 Godin-Wilhelmi,AktG Bd.1,3.Aufl.,§84 Anm.8

3 Die Auswahl des Vertragspartners gehört zur ausschließlichen Zuständigkeit des Gesamtaufsichtsrats.Denn der Anstellungsvertrag ist mit dem -künftigen- Vorstandsmitglied abzuschließen.Über die Frage,wer Vorstandsmitglied werden soll,entscheidet nach der zwingenden gesetzlichen Regelung (§§107 III2, 84 I1) der gesamte Aufsichtsrat.

4 Godin-Wilhelmi,AktG Bd.1,3.Aufl.,§84 Anm.8; Baumbach-Hueck,AktG,§84 RZiff.6;Gessler,AktG, §84 3.;§107 6.;Janberg,Aufsichtsratsausschüsse,V 2.;Barz,Satzungsänderungen, III 3.

5 Godin-Wilhelmi,AktG,Bd.1,3.Aufl.,§84Anm.8

Dem Wortlaut der §§ 84 I1,5 und 107 III2 läßt sich nicht eindeutig entnehmen, ob eine Übertragung des Vertragsabschlusses an einen Aufsichtsratsausschuß zulässig sein soll oder nicht. Man könnte auch die der herrschenden Meinung entgegengesetzte Ansicht vertreten. § 84 I1 würde im Zusammenhang mit § 107 III2 so gelesen, daß die Bestellung der Vorstandsmitglieder nur durch den gesamten Aufsichtsrat, nicht einen seiner Ausschüsse erfolgen dürfe. Die so gelesene Bestimmung würde, sinngemäß auf den Anstellungsvertrag angewandt, dazu führen, daß für den Abschluß des Anstellungsvertrages ebenfalls nur der gesamte Aufsichtsrat zuständig wäre.

§ 107 III2 ist daher auf seinen Anwendungsbereich näher zu untersuchen; Sinn und Zweck der Vorschrift sind zu klären.

Die Zuständigkeit des gesamten Aufsichtsrats für die Bestellung hat ihren Grund darin, daß die Auswahl einer geeigneten Unternehmensführung für den wirtschaftlichen Erfolg der AG entscheidend ist. Der Vorstand leitet die AG (§ 76 I). Ihm obliegt die Geschäftsführung und die Vertretung (§§ 77,78). Die Zusammenarbeit zwischen Unternehmensleitung und Aufsichtsrat sowie der Arbeitnehmerschaft hängt von der Besetzung des Vorstands ab. Vorstandsmitglieder müssen fachlich hochqualifizierte Personen sein, die gleichzeitig zur Menschenführung geeignet sind. Die Auswahl von Vorstandsmitgliedern mit derartigen Eigenschaften ist am ehesten gewährleistet, wenn der gesamte Aufsichtsrat für den Bestellungsbeschluß zuständig ist.

Eine Anwendung des § 107 III2 auf den Anstellungsvertrag setzte voraus, daß der Abschluß dieses Vertrages ähnlich bedeutsam für die AG wäre wie die Bestellung.

Die Durchsetzung der für den Vertragspartner aus dem Anstellungsvertrag entstehenden Ansprüche müßte sich auf den Bestand der AG und ihre Fortentwicklung ähnlich auswirken können wie die Ausübung der Rechte des Berufenen aus der Bestellung. Das ist nicht der Fall, da sich aus dem Anstellungsvertrag im wesentlichen nur Entgelts-, Urlaubs- und Ruhegehaltsansprüche ergeben. Diese können zwar auch zu einer erheblichen Belastung der AG führen; der Aufsichtsrat hat aber schon bei der Festsetzung der Bezüge dafür zu sorgen, daß die Gesamtbezüge in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben des Vorstandsmitglieds und zur Lage der AG stehen (§ 87 I). [1] In gewissem Umfang besitzt der Aufsichtsrat das Recht, nach Abschluß des Anstellungsvertrages die Bezüge einseitig herabzusetzen (§ 87 II).

Durch die Bestellung erhält der Berufene die Vorstandsstellung mit der Berechtigung zur Gesellschaftsleitung. Die Ansprüche, die der Dritte aus dem Anstellungsvertrag erwirbt, treten dahinter in ihrer möglichen Auswirkung auf die weitere Entwicklung der AG zurück.

Der Anstellungsvertrag gibt dem Dritten keinen Anspruch auf eine Bestellung, so daß auch nicht aus dem Gesichtspunkt der Umgehung des § 107 III2 eine ausschließliche Zuständigkeit des Gesamtaufsichtsrats für den Abschluß des Anstellungsvertrages zu begründen ist. Die Befugnis, einen Anstellungsvertrag auszuhandeln und abzuschliessen, kann einem Aufsichtsratsausschuß übertragen werden.

---

1 Verletzung dieser Pflicht macht den Aufsichtsrat haftbar (§ 116). Baumbach-Hueck, AktG, § 87 RZiff.6.

Ist die Entscheidung über den Inhalt des Anstellungsvertrages in dem Ausschuß gefallen, so können ein oder mehrere Mitglieder des Ausschusses mit einer entsprechenden Mitteilung an den Dritten und dem Vertragsabschluß beauftragt und bevollmächtigt werden [1].

2. Persönliche Voraussetzungen des Dritten zum Abschluß des Anstellungsvertrages

a. Voraussetzungen über die Geschäftsfähigkeit nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch

Beschränkt geschäftsfähige Personen können mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters auch Verträge abschließen, die ihnen nicht lediglich rechtliche Vorteile bringen (§ 107 BGB). Nach dieser Regelung wäre der wirksame Abschluß eines Anstellungsvertrages durch eine beschränkt geschäftsfähige Person möglich, sofern der gesetzliche Vertreter zustimmt.

b. Anwendbarkeit des § 76 III AktG65 auf den Anstellungsvertrag

Nur eine natürliche und unbeschränkt geschäftsfähige Person könnte einen Anstellungsvertrag abschließen, wenn § 76 III auf den schuldrechtlichen Vertrag entsprechend anwendbar wäre. Ihrem Wortlaut nach stellt diese Bestimmung lediglich Voraussetzungen für die Vorstandsmitgliedschaft auf. Es ist streitig, ob und inwieweit sie sich auch auf den Anstellungsvertrag bezieht und die Bestimmungen des BGB insoweit einschränkt.

---

1 Janberg, Aufsichtsratsausschüsse, VI 3.

Zum bisherigen Recht (§ 75 I AktG37) [1] vertraten Schmidt-Meyer-Landrut [2] die Ansicht, die Fähigkeit zum Abschluß eines Anstellungsvertrages unterliege nicht unmittelbar den Einschränkungen, die sich aus dem Gesetz für die Bestellung zum Vorstandsmitglied ergeben. Demgegenüber nahmen Schlegelberger-Quassowski [3] an, daß die für die Bestellung geltenden Unfähigkeitsgründe auf den Anstellungsvertrag Anwendung fänden. Nach Erlaß des neuen Aktiengesetzes haben sich, soweit ersichtlich, nur Baumbach-Hueck [4] zu dieser Frage geäußert. Sie meinen, Unfähigkeit zur Bestellung mache unfähig zur Anstellung.

aa. Anstellungsvertrag mit einer juristischen Person

Es findet sich im Aktiengesetz keine Bestimmung, die eine entsprechende Anwendung des § 76 III auf den Anstellungsvertrag vorsieht. § 76 III läßt nur die Berufung natürlicher Personen in den Vorstand zu. Anstellungsverträge mit juristischen Personen verstießen gegen ein gesetzliches Verbot und wären nichtig, wenn § 76 III 1.Halbs. auf den Anstellungsvertrag entsprechend anwendbar wäre. Dies setzte voraus. daß Normzweck und Interessenlage übereinstimmten und Analogie nach dem Gesetz nicht ausgeschlossen wäre.

Für ein Analogieverbot könnte die unter-

---

1 §75 I3 AktG37:"Eine juristische Person kann nicht zum Vorstandsmitglied bestellt werden." §75 I AktG37 unterscheidet sich insofern von dem im neuen AktG die Voraussetzungen der Vorstandsmitgliedschaft regelnden §76 III, als die Erwähnung der Geschäftsfähigkeit fehlte und darin,daß in §75 I4 eine sinngemäße Anwendung der Vorschriften des Abs.I auf den Anstellungsvertrag bestimmt war.

2 in Gadow-Heinichen, AktG, §75 Anm.8

3 AktG, §75 RZiff.7

4 AktG, §84 RZiff.6

schiedliche Regelung in § 75 I3,4 AktG37 einerseits und § 76 III AktG65 andererseits sprechen. § 75 I3 AktG37 verbot die Bestellung einer juristischen Person zum Vorstandsmitglied. § 75 I4 AktG37 erklärte die Bestimmungen des Abs.I als auf den Anstellungsvertrag sinngemäß anwendbar, also offenbar auch Abs.I Satz 3. [1] Im neuen Aktiengesetz fehlt eine Vorschrift, nach der die für eine Vorstandsmitgliedschaft notwendigen Voraussetzungen (§ 76 III) entsprechend für den Anstellungsvertrag gelten sollen.

Der Wegfall einer gesetzlichen Bestimmung ist jedoch nicht immer gleichbedeutend mit einer Rechtsänderung. Der Gesetzgeber könnte auch davon ausgegangen sein, daß eine solche Vorschrift überflüssig ist. [2] Es könnte sich auch um ein Redaktionsversehen handeln. [3] In den Materialien findet sich keine Begründung für diese Gesetzesänderung. Analogie ist nach alledem nicht schon durch die Neufassung des § 75 I3 und 4 AktG37 in § 76 III AktG65 ausgeschlossen.

Bei der analogen Anwendung einer Bestimmung stellt sich zunächst die Frage nach ihrem Normzweck. In der Amtlichen Begründung [4] zu § 75 I3

---

1 Die Regelung des §75 I AktG37 galt gleichermaßen für Bestellung und Anstellungsvertrag (Baumbach-Hueck,AktG 12.Aufl., §75 Anm.1; ebenso Schmidt-Meyer-Landrut in Gadow-Heinichen, AktG, § 75 Anm.1 (vgl. aber Anm.8).

2 Vgl. zB § 70 I AktG37 und § 76 I AktG65. Zu dieser Gesetzesänderung heißt es in der Begründung des Regierungsentwurfs (Kropff, §76): "Daß der Vorstand bei seinen Maßnahmen die Belange der Aktionäre und der Arbeitnehmer zu berücksichtigen hat, versteht sich von selbst und braucht deshalb nicht ausdrücklich im Gesetz bestimmt zu werden. Gleiches gilt für die Belange der Allgemeinheit."

3 Soweit § 75 I4 AktG37 auf Abs.I1,2 verwies, findet sich eine entsprechende Vorschrift jetzt in § 84 I5 Halbs.1 AktG65.

4 Klausing, Amtl. Begr. zu §75

AktG37 [1] hieß es, juristische Personen könnten keine Vorstandsmitglieder sein, da die Arbeit eines Vorstandsmitglieds eine persönliche Tätigkeit voraussetze.

In einer ähnlichen Begründung heißt es im Regierungsentwurf zu § 76 III AktG65 [2], daß nur natürliche Personen Vorstandsmitglieder sein könnten. Dies folge aus dem Wesen des Vorstandsamtes, das ein persönliches Tätigwerden voraussetze.

An diesen Begründungen ist richtig, daß jede AG von natürlichen Personen geführt werden muß, um im Rechts- und Geschäftsverkehr handlungsfähig zu sein. Durch natürliche Personen handelte sie aber auch, wenn eine juristische Person Vorstandsmitglied würde, denn diese handelt selbst wiederum durch natürliche Personen, nämlich durch ihre eigenen Vertreter (Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer). Somit käme es bei der Berufung einer juristischen Person in den Vorstand zu einer mittelbaren Bestimmung der für die AG letztlich tätigen natürlichen Personen [3]. Der Aufsichtsrat bliebe zwar zuständig für die Auswahl der juristischen Person und ihre Berufung in den Vorstand. Er hätte aber keinen unmittelbaren Einfluß auf die Bestellung der Vertreter, denn dafür wäre allein das zuständige Organ dieser juristischen Person verantwortlich.

Wäre die Bestellung einer juristischen Person zum Vorstandsmitglied zulässig, so bliebe formal der Aufsichtsrat der bestellenden AG zuständig, in Wahrheit wäre die Auswahl der handelnden natürlichen Personen Sache des zuständigen Organs der bestellten juristischen Person.

---

1 Das Verbot der Bestellung juristischer Personen wurde erstmals in das AktG37 aufgenommen.

2 Kropff, Aktiengesetz, §76

3 Mit dieser Begründung hat das OLG Karlsruhe/ JW 1925,2017 in einem Beschluß vom 14.4. 1925 die Bestellung einer juristischen Person zum Liquidator einer GmbH zugelassen.

Nach der zwingenden Vorschrift des § 84 I1 ist der Aufsichtsrat einer AG ausschließlich zuständiges Organ für die Auswahl und Bestellung der für diese AG handelnden Vorstandsmitglieder. Ihm obliegt die Berufung einer geeigneten Gesellschaftsführung. Diese Aufgabe würde ihm genommen, wenn das zuständige Organ einer anderen juristischen Person die handelnden natürlichen Personen aussuchen und bestellen würde.

Der eigentliche Grund für das Verbot der Bestellung einer juristischen Person liegt somit darin, daß dem Aufsichtsrat nicht das Recht genommen werden kann, eigenverantwortlich die für diese AG handelnden natürlichen Personen auszuwählen und zu bestellen. [1]

Die gleiche Befugnis zur Auswahl steht dem Aufsichtsrat beim Abschluß des Anstellungsvertrages zu (§ 84 I5 iVm I1). Sie kann ihm nicht entzogen werden. Daher darf in analoger Anwendung des § 76 III nur mit einer natürlichen Person ein Anstellungsvertrag abgeschlossen werden.

bb. Anstellungsvertrag mit einer nicht voll geschäftsfähigen Person

Der Abschluß eines Anstellungsvertrages mit einer nicht voll geschäftsfähigen Person wäre unzulässig, wenn § 76 III auf den Anstellungsvertrag entsprechend anwendbar wäre. [2] § 76 III verlangt für die Berufung in den Vorstand unbeschränkte Geschäftsfähigkeit. Analogie setzte voraus, daß Normzweck und Interessenlage, die zu

---

1 Aus ähnlichen Gründen ist die Bestellung einer Personalgesellschaft unzulässig. Der Aufsichtsrat könnte zwar eine OHG oder KG bestellen; die letztlich handelnden Personen, die vertretungsberechtigten Gesellschafter oder, im Falle einer KG, die Komplementäre, wählte der Aufsichtsrat nicht aus.

2 Analogie ist nicht ausgeschlossen. Vgl. dazu S. 20 f

der Bestimmung uber die notwendig volle Geschäftsfähigkeit eines Vorstandsmitglieds geführt haben, auch bei Abschluß eines Anstellungsvertrages die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit erforderten.

Der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 76 AktG65 [1] zufolge ist es mit den Rechten und Pflichten des Vorstands nicht vereinbar, daß ein beschränkt Geschäftsfähiger oder ein Geschäftsunfähiger Vorstandsmitglied wird. Die Ausübung der Rechte zur Geschäftsführung und Vertretung, überhaupt zur Gesellschaftsleitung, und die Erfüllung der vielfältigen den Vorstandsmitgliedern obliegenden Pflichten [2] setzen Fähigkeiten voraus [3], die nur voll geschäftsfähige Personen haben können. Der Gesetzgeber hat es nicht der einzelnen AG überlassen, ob sie das Risiko der Berufung beschränkt Geschäftsfähiger in den Vorstand eingehen will. Die Allgemeinheit hat ein Interesse an der ordnungsgemäßen Führung von Aktiengesellschaften, da zum wesentlichen von ihnen die gesamtwirtschaftliche Entwicklung getragen wird.

Der Rechtsverkehr soll geschützt werden, da ihm nur das Gesellschaftsvermögen als Zu-

---

1 Kropff, Aktiengesetz, § 76

2 zB: Prüfung des Gründungshergangs (§ 33 I); Vorbereitung von Hauptversammlungsbeschlüssen (§83 I);Ausführung der von der Hauptversammlung im Rahmen ihrer Zuständigkeit beschlossenen Maßnahmen (§ 83 II);für die Führung der erforderlichen Handelsbücher zu sorgen (§91);Aufstellung der Jahresbilanz sowie der Gewinn- und Verlustrechnung, Aufstellung des Geschäftsberichts (§148) usw.

3 zB:Fähigkeit,eine Bilanz zu erstellen;Beherrschung der kaufmännischen Buchführung, allgemeine Kenntnis kaufmännischer,steuerrechtlicher und wirtschaftspolitischer Vorgänge (vgl. dazu Brodmann,Aktienrecht,§231 4.a).

griffsmöglichkeit offensteht [1]. Daneben gebietet die Verantwortung der AG gegenüber ihren Arbeitnehmern und die Sorge für Arbeitsplätze die Berufung solcher Personen in den Vorstand, die zur Leitung der Gesellschaft in der Lage sind.Die große Verantwortung rechtfertigt es,für Vorstandsmitglieder volle Geschäftsfähigkeit als Voraussetzung zu verlangen.

Eine dieser besonderen Rechtsstellung von Vorstandsmitgliedern entsprechende bedeutsame Rechtsstellung wird mit dem Abschluß eines Anstellungsvertrages nicht erworben.Für die AG besteht nicht die Gefahr einer mißbräuchlichen oder unerfahrenen Rechtsausübung durch den Vertragspartner,da diesem keine Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnisse mit dem Abschluß des Anstellungsvertrages übertragen werden.Die Bestimmung in §76 III über die notwendig unbeschränkte Geschäftsfähigkeit will gerade dieser -hier nicht bestehenden- Gefahr vorbeugen.

Die unterschiedliche Interessenlage führt dazu,daß §76 III, soweit er unbeschränkte Geschäftsfähigkeit für die Bestellung verlangt, auf den Anstellungsvertrag nicht entsprechend angewendet werden kann. Es bleibt bei den Vorschriften des BGB (§§ 106 ff BGB); der beschränkt Geschäftsfähige kann mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters einen Anstellungsvertrag abschließen [2].

c. Anstellungsvertrag mit einem Aufsichtsratsmitglied

Der Abschluß eines Anstellungsvertrages mit einem Aufsichtsratsmitglied,das in den Vorstand

---

1 Bei Verletzung ihrer Sorgfaltspflicht haften die Vorstandsmitglieder der AG (§93). Dieser Ersatzanspruch kann unter gewissen Voraussetzungen von den Gläubigern der AG geltend gemacht werden (§93 V).

2 Vgl. aber S.85 ff

berufen werden soll, ist rechtlich zulässig. Das Gesetz verbietet nur die Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds zum Vorstandsmitglied, solange es seine Aufsichtsratsmitgliedschaft nicht verloren hat (§ 105 I), nicht den Abschluß eines Anstellungsvertrages.

Der Sinn des § 105 I ist es, die Organe Vorstand und Aufsichtsrat funktionell und personell zu trennen, damit nicht dieselben Personen zur Geschäftsführung und zur Überwachung der Geschäftsführung zuständig sind und damit ein Interessenkonflikt vermieden wird [1]. Dieser Interessenkonflikt entsteht nicht, wenn ein Aufsichtsratsmitglied einen Anstellungsvertrag abschließt, da ihm damit noch keine Geschäftsführungsbefugnisse übertragen werden.

3. Laufzeit des Anstellungsvertrages

Nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches kann ein Anstellungsvertrag für unbegrenzte Zeit abgeschlossen werden, gleich ob es sich um einen Dienst-, Werk- oder Auftragsvertrag handelt. Eine Begrenzung der Laufzeit folgt jedoch aus dem Aktiengesetz. Die Vorschrift über die Dauer der Bestellung gilt sinngemäß für den Anstellungsvertrag (§ 84 I5). Die Bestellung darf jeweils nur für höchstens fünf Jahre erfolgen (§ 84 I1). Daraus folgt, daß auch der Anstellungsvertrag nur für höchstens fünf Jahre geschlossen werden kann [2]. Eine Weiteranstellung bedarf grundsätzlich eines neuen Aufsichtsratsbeschlusses.

---

1 s.u. S.37 ff

2 Teichmann-Koehler, AktG, §75 1d)

Es kann in den Vertrag eine Klausel mit dem Inhalt aufgenommen werden, daß für den Fall einer Verlängerung der Amtszeit als Vorstandsmitglied der Anstellungsvertrag weitergelten soll, und zwar bis zum Ablauf der Amtszeit (§ 84 I5 2.Halbs.). Insoweit ist, im Gegensatz zur Bestellung, kein neuer Aufsichtsratsbeschluß erforderlich. [1]

Ohne Wiederbestellung kann die Klausel keine rechtliche Bedeutung gewinnen.

a. Anwendbarkeit des § 625 BGB auf den Anstellungsvertrag

Die Aufnahme einer Verlängerungsklausel und die Weiterbestellung wären zur Fortsetzung des Anstellungsvertrages nicht erforderlich, wenn § 625 BGB anwendbar wäre. Nach dieser Bestimmung gilt ein Dienstverhältnis als auf unbestimmte Zeit verlängert, wenn der Verpflichtete nach Ablauf der Vertragszeit seine Tätigkeit mit Wissen des Vertragspartners fortsetzt, sofern dieser nicht unverzüglich widerspricht. Eine Verlängerung des Anstellungsvertrages setzte danach nur voraus, daß der Dritte mit Wissen und ohne unverzüglichen Widerspruch des Aufsichtsrats weiterhin seiner Tätigkeit in der AG nachginge.

Die Anwendung des § 625 BGB wäre zulässig, wenn es sich bei dem Anstellungsvertrag um einen Dienstvertrag handelte und die in § 84 I für die Verlängerung eines Anstellungsvertrages getroffene Regelung nicht entgegenstünde.

aa. Anstellungsvertrag als Dienst- beziehungsweise Auftragsvertrag oder als Werkvertrag

Der Anstellungsvertrag könnte Dienst-, Werk- oder Auftragsvertrag sein.

---

1 Godin-Wilhelmi, AktG Bd.1, 3.Aufl., § 84 III3

Nach allgemeiner Meinung ist er im Falle der Entgeltlichkeit ein Dienstvertrag [1], der eine Geschäftsbesorgung zum Inhalt hat [2], im Falle der Unentgeltlichkeit ein Auftragsvertrag [3].

Ob der entgeltliche Anstellungsvertrag als Dienst- oder Werkvertrag einzustufen ist, richtet sich nach der einzugehenden Verpflichtung des Vertragspartners der AG. Auf Grund eines Dienstvertrages müssen die versprochenen Dienste (§ 611 I BGB), auf Grund eines Werkvertrages die Herstellung des versprochenen Werkes (§ 631 BGB) erbracht werden. Beim Dienstvertrag wird die Tätigkeit, beim Werkvertrag der Erfolg geschuldet.

Diesen bestimmten Erfolg,zu dessen Erreichen sich ein Vorstandsmitglied verpflichten würde, gibt es in der Gesellschaft nicht. In einer Entscheidung des Reichsarbeitsgerichts vom 25. September 1929 [4] heißt es, die Verwirklichung des Lebens oder des Zwecks könne bei einem Dauergebilde als abgegrenzter Erfolg nicht gedacht werden.Das jeweilige Arbeitsergebnis sei nicht von Bestand,es müsse immer erneuert werden,wenn dem Gesellschaftsziel gedient sein soll.Diese Gesamttätigkeit,in welcher die Ein-

---

1 Bondi in Staub-Pisko,Kommentar zum ADHGB, §57 B2;Hofmann,Der Anstellungsvertrag,II 2; Teichmann-Koehler,Aktiengesetz,§75 3.e; Mohnen und Neumann in Staudinger,II.Bd.,3. Teil,Vorbem §611 Anm.204;Hueck,Gesellschaftsrecht,§24 IV1;RAG 4,187(188);RG/JW 1915,653 Nr.5;BGHZ 10,187(191); 36,142(143); BGH/BB 1957,658 Nr.1328;BGH/BB 1960,458 Nr. 784

2 Nikisch,Arbeitsrecht Bd.1,§14 II3; Teichmann-Koehler,AktG, §71 5.a); Schmidt-Meyer-Landrut in Gadow-Heinichen,AktG, §75 Anm10; Godin-Wilhelmi,AktG Bd.1,3.Aufl.,§84 Anm9

3 Vischer,Die Abberufung,S.59; Kronstein,Vorstandsbestellung, IV; Baumbach-Hueck,AktG, §84 RZiff.8

4 JW 1930,85 Nr.1 = RAGE 4,187

zelverrichtungen mit ihrem jedesmaligen Ergebnis völlig aufgehen, ist die Leistung, [1] zu der sich der Vertragspartner gegenüber der AG im Anstellungsvertrag verpflichtet.

Allerdings soll nicht übersehen werden, daß schon die Bestellung dem Vorstandsmitglied die weitgehenden im Gesetz beschriebenen Pflichten auferlegt. Man könnte also der Ansicht sein, daß ein Vorstandsmitglied im Anstellungsvertrag keine weiteren Pflichten übernimmt, daß dort nur noch Fragen des Entgelts, der Ruhegehaltsansprüche, des Urlaubs und ähnliches geregelt werden. Der Anstellungsvertrag wäre danach ein Vertrag eigener Art.

Dabei würde aber das Zusammenspiel zwischen Bestellung und Anstellungsvertrag verkannt. Mit dem Wirksamwerden der Bestellung erhält das Vorstandsmitglied die Rechte und Pflichten, die sich aus den für den Vorstand und seine Mitglieder geltenden Bestimmungen des Aktiengesetzes sowie aus der Satzung und der Geschäftsordnung ergeben. Soweit diese Normen zwingendes Recht enthalten, [2] darf im Anstellungsvertrag nichts Abweichendes bestimmt werden. [3] Im übrigen kann der Inhalt des Anstellungsvertrages frei vereinbart und näher geregelt [4] werden, die Pflichten aus der Vorstandsmitgliedschaft können konkretisiert [5] (zB § 76 I), die Rechte eingeschränkt werden (zB die Geschäftsführungsbefugnis: § 82 II), neue Rechte und Pflichten können aufgenommen werden. [6] Einerseits ergänzt [7] der Anstel-

---

1 RG/JW 1937,2827 Nr.7

2 zB §§ 78, 82 I; § 91; § 92.

3 Teichmann-Koehler, AktG, § 71 5.c

4 Hefermehl, Vorstandsverträge, DJ 1942, 619

5 Teichmann-Koehler, AktG, § 71 5.

6 Ruth, Anmerkung, III, für den Dienstvertrag von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern einer Genossenschaft.

7 Würdinger, Aktienrecht, §20 I 2b; Dose, Die Rechtsstellung, S.34

lungsvertrag die rechtliche Stellung der Vorstandsmitglieder, andererseits legt er selbständig Rechte und Pflichten des Vorstandsmitglieds fest, die -zum Teil- schon durch die Bestellung entstanden sein können.

Das Vorstandsmitglied übernimmt im Anstellungsvertrag die Verpflichtung, sich um die Erreichung des Gesellschaftszwecks zu bemühen. Der Anstellungsvertrag ist in der Regel ein Dienstvertrag. Ein Auftragsvertrag ist nur dann anzunehmen, wenn -ausdrücklich oder stillschweigend- vereinbart ist, daß der Verpflichtete unentgeltlich tätig werden soll (§ 662 BGB; vgl. § 612 I BGB).

bb. Verhältnis von § 625 BGB zu § 84 I Aktiengesetz 65

Da der Anstellungsvertrag regelmäßig ein Dienstvertrag ist, so würde auch § 625 BGB für ihn gelten, falls nicht die in § 84 I für die Verlängerung eines Anstellungsvertrages enthaltenen Vorschriften seiner Anwendung entgegenstünden.

Schmidt [1] meint, die Rechtssicherheit und praktische Bedürfnisse forderten die Anwendbarkeit des § 625 BGB. Gierke [2] verneint die Anwendbarkeit des § 625 BGB auf den Anstellungsvertrag, da dieser Vertrag in die Regeln über die Bestellung mit hineingezogen werden müsse.

Grundsätzlich bedarf eine Verlängerung des Anstellungsvertrages über fünf Jahre hinaus eines neuen Aufsichtsratsbeschlusses (§ 84 I5 1.Halbs. iVm I3). Eine Klausel, die eine automatische Verlängerung für den Fall der Verlängerung der Amtszeit vorsieht, ist zulässig (§ 84 I5 2.Halbs.). Der Gesetzgeber [3] wollte

---

1 Gesellschaftsrechtliche Probleme, IV
2 Die automatische Verlängerung, C.II (S.169)
3 BegrRegE, Kropff, Aktiengesetz, zu §84 AktG65

alle fünf Jahre eine Nachprüfung durch den Aufsichtsrat darüber erreichen, ob dem Vorstandsmitglied auch künftig die Leitung der AG anvertraut werden kann. Dieser Zweck erfordert es nicht, daß der Aufsichtsrat alle fünf Jahre auch über die Fortdauer des Anstellungsvertrages entscheidet.

Daher mußte die Bestimmung über die Verlängerungsklausel aufgenommen werden. Ohne sie wäre alle fünf Jahre ein Aufsichtsratsbeschluß notwendig, da diese für die Verlängerung der Bestellung geltende Vorschrift des § 84 I3 auf den Anstellungsvertrag sinngemäß anwendbar ist (§ 84 I5).

Darüber hinaus hat die Vorschrift über die Verlängerungsklausel den Sinn, eine Übereinstimmung in der Laufzeit von Bestellung und Anstellungsvertrag herzustellen. Sie läßt es nicht zu, daß sich der Anstellungsvertrag verlängert, ohne daß der Aufsichtsrat das Vorstandsmitglied für einen weiteren Zeitraum bestellt hat. Sie ermöglicht eine Verlängerung des Anstellungsvertrages ohne erneuten Aufsichtsratsbeschluß nur für die Dauer der Weiterbestellung. Auf diesem Wege soll verhindert werden, daß die AG nach Ablauf der Bestellung Ansprüchen aus einem fortbestehenden Anstellungsvertrag ausgesetzt ist.

Die Anwendung des § 625 BGB würde dem Sinn und Zweck der Vorschrift über die Verlängerungsklausel widersprechen. In diesem Falle fehlte nämlich das Bindeglied zwischen Bestellung und Anstellungsvertrag. Der Anstellungsvertrag könnte sich auf unbestimmte Zeit verlängern, obgleich eine Weiterbestellung nicht vorgenommen wurde. [1] Im Falle einer Weiterbestellung stünde die Dauer der Vorstandsmitgliedschaft fest; der

---

1 Unmöglichkeit liegt im allgemeinen noch nicht vor. (s.u.S. 101f).

Anstellungsvertrag würde aber für einen unbestimmten Zeitraum gelten. Die gleichzeitige Beendigung von Bestellung und Anstellungsvertrag hinge von einer rechtzeitigen Kündigung des Anstellungsvertrages ab.

In der Begründung zum Regierungsentwurf [1] heißt es ausdrücklich:" Fehlt allerdings diese Klausel im Anstellungsvertrag, so gilt für seine Verlängerung dasselbe, wie für die Verlängerung der Bestellung. Es bedarf dazu eines Aufsichtsratsbeschlusses, der frühestens ein Jahr vor Ablauf des Vertrages gefaßt werden kann."

b. Ergebnis

Nur die Aufnahme einer Verlängerungsklausel kann im Falle der Weiterbestellung zu einer Fortsetzung des Anstellungsvertrages ohne erneuten Aufsichtsratsbeschluß führen. § 625 BGB kommt neben § 84 I nicht zur Anwendung. [2]

---

1 Kropff, Aktiengesetz, zu § 84 AktG65

2 Auf die Entscheidung RGZ 140,314 vom 5.Mai 1933, in der das Reichsgericht § 625 BGB auf den Anstellungsvertrag für anwendbar hielt, ist nicht einzugehen. Zu jener Zeit gab es die hier besprochenen Bestimmungen aus § 84 I noch nicht.

E. Gründe für das Fehlen oder den späteren Wegfall einer anfänglich wirksamen Bestellung und deren Auswirkungen auf den Anstellungsvertrag

Die rechtliche Stellung von Vorstandsmitgliedern beruht auf der Bestellung und dem Anstellungsvertrag. Beide Rechtsgeschäfte ergänzen sich gegenseitig [1]; zwischen ihnen bestehen enge Beziehungen [2]. Sie bilden wirtschaftlich in vieler Hinsicht eine Einheit [3]. Daher werden in der Regel Bestellung und Anstellungsvertrag gleichzeitig vorgenommen beziehungsweise geschlossen und beendet.

Hier soll die Frage erörtert werden, wie sich eine von Anfang an fehlende wirksame Bestellung oder eine zwar anfänglich wirksame, später aber wegfallende Vorstandsmitgliedschaft auf den Anstellungsvertrag auswirkt.

Die Erfüllung der Pflichten aus dem Anstellungsvertrag setzt zum wesentlichen Teil die Vorstandsmitgliedschaft voraus. Ihr Fehlen oder ihr Wegfall kann entweder zur Unmöglichkeit (anfängliche: § 306 BGB, nachträgliche: § 275 BGB), zum Annahmeverzug (§ 293 BGB) oder zum Schuldnerverzug (§§ 286, 326 BGB) führen. Welche dieser möglichen rechtlichen Auswirkungen eintritt, hängt davon ab, aus welchen Gründen die Bestellung nicht wirksam erfolgt oder weshalb die Vorstandsmitgliedschaft später beendet worden ist.

I. Gründe für eine fehlende oder später fortfallende Vorstandsmitgliedschaft

1. Fehlende wirksame Bestellung

In diesem Abschnitt werden die Fälle behan-

---

1 s.o. S.29 f

2 Balser,Die Aktiengesellschaft, IV1; Entwurf eines Aktiengesetzes,S.126; Hueck, Die Rechtsstellung, 2.

3 Schmidt, Anm. zu BGH/JZ 1951,688 2.

delt, in denen rechtlich von Anfang an keine wirksame Bestellung vorliegt.

a. Fehlender oder fehlerhafter Beschluß des Aufsichtsrats über die Bestellung

aa. Zuständigkeit des Aufsichtsrats

Ein wirksamer Aufsichtsratsbeschluß ist erste und notwendige Voraussetzung für eine Bestellung (§ 84 I1). Die Erklärung an den Betroffenen, er sei in den Vorstand berufen worden, heilt nicht einen fehlenden oder fehlerhaften Beschluß. [1] Stimmt der Dritte einer Bestellungserklärung des Aufsichtsratsvorsitzenden zu, ohne daß ein wirksamer Bestellungsbeschluß des Aufsichtsrats vorliegt, so ist er nicht, auch nicht vorübergehend, Vorstandsmitglied geworden.

bb. Ausdrücklicher Beschluß des Aufsichtsrats

Der Aufsichtsrat entscheidet durch Beschluß (§ 108). Aufsichtsratsbeschlüsse sind nur wirksam, wenn sie ausdrücklich, [2] also durch zustimmende oder ablehnende Äußerung oder durch Stimmenthaltung der Aufsichtsratsmitglieder gefaßt worden sind. Denn der wesentliche Inhalt der Verhandlungen, die Beschlüsse und die Abstimmungsergebnisse sind in Niederschriften anzugeben (§ 107 II2). [3] Die Feststellung der Beschlußfähigkeit, sowie der Ablehnung, Zustimmung oder Stimmenthaltung bei Abstimmungen ist nur bei ausdrücklicher Verhandlung und Meinungsäußerung der Aufsichtsratsmitglieder möglich.

---

1 RGZ 66, 369(376)

2 BGHZ 10,187(194);41,282(286);BGH/BB 1967,730; vgl. RGZ 66,369(373);Gerlach,Die Anstellung,II

3 Diese Regelung bezweckt,daß auch noch später Verhandlungen und Beschlüsse des Aufsichtsrats nachgeprüft werden können.Sie dient Beweiszwecken (Kropff,Aktiengesetz,BegrRegE zu §104).

Daneben spricht die Zulassung einer schriftlichen Stimmabgabe dafür, daß das Gesetz eine ausdrückliche Stimmabgabe, [1] somit einen ausdrücklichen Beschluß verlangt.

Auf diesem Standpunkt steht auch der Regierungsentwurf [2] :" Da der Aufsichtsrat seine Beschlüsse nicht stillschweigend fassen kann, ... bedeutet dies zugleich, daß der Aufsichtsrat seine Einwilligung oder Zustimmung nicht mehr stillschweigend, sondern nur ausdrücklich erteilen kann." Stillschweigende Beschlußfassungen sind nicht möglich. Sie sind unwirksam.

Abstimmungen, an denen Unbefugte teilgenommen und Einfluß genommen haben, [3] Beschlüsse, die in einer Aufsichtsratssitzung gefaßt sind, zu der nicht alle Aufsichtsratsmitglieder geladen wurden und die Nichtgeladenen nachträglich die Zustimmung verweigern, [4] ganz allgemein nicht ordnungsgemäß gefaßte Beschlüsse [5] sind nichtig, falls nicht der Mangel "nachweisbar ohne" (wesentlichen) "Einfluß auf die Beschlußfassung" geblieben ist. [6]

b. Mangelndes Angebot sowie mangelnde Zustimmung

Für die Bestellung ist neben dem Aufsichtsratsbeschluß die Mitteilung der Wahl an den Dritten [7] und dessen Zustimmung erforderlich. [8]

---

1 BGHZ 10,187(194)

2 Kropff, Aktiengesetz, zu §105 (§108 AktG65)

3 BGHZ 12,327(330f)

4 Bei Zustimmung:Wirksamkeit des Beschlusses ex nunc.-RGZ 66,369(372);Schlegelberger-Quassowski,AktG,§92 RZiff.24;einschränkend Godin-Wilhelmi,AktG Bd.1, 3.Aufl.,§108 Anm.2.

5 Hier wird bewußt ein so unbestimmter Begriff gewählt,da eine genauere Einteilung der möglichen Mängel über das gestellte Thema hinausführen würde.

6 Baumbach-Hueck, AktG, §108 RZiff.3;BGHZ 47,341 (346)

7 Diese Mitteilung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung(Baumbach-Hueck,AktG,§84RZiff4;

Die Beschlußfassung ist ein interner Vorgang der AG. Durch den Beschluß allein wird noch keine Rechtsbeziehung zu dem Dritten hergestellt. [1]

Um den Beschluß auch gegenüber dem Dritten wirksam werden zu lassen, bedarf es einer Mitteilung an ihn über seine Berufung in den Vorstand. Erst mit der Zustimmung des Dritten wird die Bestellung wirksam.

Solange eine Bestellungserklärung des Aufsichtsrats sowie die Zustimmung des Dritten fehlen, liegt keine Bestellung vor. [2]

c. Gesetzlicher Unfähigkeitsgrund

aa. Keine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person

Nur natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Personen können Vorstandsmitglieder sein (§ 76 III). Diese Vorschrift ist zwingend. Die Bestellung einer Person, die diese Voraussetzungen nicht erfüllt, verstößt gegen ein gesetzliches Verbot und ist daher nichtig (§ 134 BGB).

bb. Aufsichtsratsmitgliedschaft des Berufenen

Ein Aufsichtsratsmitglied darf nicht zugleich Vorstandsmitglied sein (§ 105 I). Die Aufsichtsratsmitgliedschaft könnte ein gesetzlicher Unfähigkeitsgrund für die Berufung in den Vorstand sein. Die Vorstandsmitgliedschaft könnte aber

---

1 Der Dritte kann auch keine Ansprüche aus einem Beschluß herleiten, der seine Berufung in den Vorstand vorsieht.

2 Der Aufsichtsrat hat auch noch nach Beschlußfassung die Möglichkeit, durch einen neuen Beschluß die Wahl rückgängig zu machen. Eine Bindung tritt erst mit Zugang der Bestellungserklärung bei dem Dritten ein, es sei denn, die Gebundenheit wäre ausgeschlossen.

auch der des Aufsichtsrats vorgehen.[1]

Aus dem Wortlaut der Bestimmung über die Unvereinbarkeit gleichzeitiger Mitgliedschaft in Aufsichtsrat und Vorstand ließe sich ein Vorrang der Aufsichtsrats- gegenüber der Vorstandsmitgliedschaft entnehmen;[2] denn § 105 I geht offenbar von einer bestehenden Aufsichtsratsmitgliedschaft aus.

Eine derartig weitgehende Folgerung erscheint aber aus zweierlei Gründen nicht gerechtfertigt.[3] § 105 steht in dem Teil des Aktiengesetzes, der die Regelung der rechtlichen Stellung des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder enthält. Es war also naheliegend, bei der Formulierung dieser Vorschrift von einer Aufsichtsratsmitgliedschaft auszugehen.

Außerdem kann die Entstehungsgeschichte zu § 105 als Begründung dafür herangezogen werden, daß die Aufsichtsratsmitgliedschaft nicht vorgeht. In der Allgemeinen Begründung zu Art. 225a des Entwurfs vom 7.März 1884, der, soweit es um die hier angesprochene Frage geht, § 105 I entspricht,[4] heißt es[5]: Der Entwurf will verhüten, " daß nicht thatsächlich die beiden Organe Vorstand und Aufsichtsrath in ein Organ verschmolzen werden. Eine Delegation von Mitgliedern des einen Organs in das andere zur Wahrnehmung von dessen Funktionen darf nicht stattfinden. Sonst würde allerdings der Aufsichtsrath seine eigene

---

1 So wohl Freudiger, Vorstand und Aufsichtsrat der AG, zu § 248 HGB, der § 105 entspricht.

2 Brodmann,Aktienrecht, § 248 1.b, der die Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds zum Vorstandsmitglied für nichtig hält.

3 Brox, Erteilung, Widerruf und Niederlegung,I3.

4 ebenso §§ 248 I HGB, 90 AktG37

5 Allgemeine Begründung, S.290

Verwaltung kontrollieren und die Verantwortlichkeit der delegierten Mitglieder sich verwischen."

Die wesentliche Pflicht des Aufsichtsrats besteht in der Überwachung der Geschäftsführung (§ 111 I). Die Geschäftsführung ist Aufgabe des Vorstands. Gleichzeitige Mitgliedschaft in Vorstand und Aufsichtsrat würde bedeuten, daß sich das Mitglied des Vorstands in seiner Eigenschaft als Aufsichtsratsmitglied selbst überwacht; gerade das wollte der Gesetzgeber verhindern.

Man könnte allerdings bei einem mehrgliedrigen Vorstand daran denken, daß ein Vorstandsmitglied als Mitglied des Aufsichtsrats den Bereich überwachen könnte, für den es als Vorstandsmitglied im Rahmen einer Geschäftsverteilung nicht zuständig ist. Die vielfältigen Aufgaben einer AG zwingen zur Spezialisierung in der Geschäftsführung, also zu einer Aufgabenverteilung in einen kaufmännischen und einen technischen Geschäftsbereich, in die Bereiche Organisation, Kapitalanlage, Materialverwaltung, Hauptbuchhaltung, Konstruktion, Einkauf und Verkauf usw. [1]. Die einzelnen Vorstandsmitglieder sind nach einer solchen Aufteilung der Zuständigkeiten zur selbständigen Wahrnehmung der Aufgaben in ihrem Bereich berechtigt.

Aber einmal ist der Aufsichtsrat für die Überwachung der gesamten Geschäftsführung zuständig. Diese Aufgabe ist also nicht teilbar in dem oben dargestellten Sinne.

Zum zweiten bedeutet eine Verteilung der Geschäftsbereiche unter den Vorstandsmitgliedern nicht, daß der Vorstand in getrennte und ausschließliche Sonderzuständigkeiten aufgespaltet wird, [2] mit der Folge, daß nunmehr jeder nur noch

---

1 Frels, Die Geschäftsverteilung, S.16

2 Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, § 21 IV 3e.

für seinen Bereich verantwortlich wäre. Die Pflicht zur unmittelbaren Geschäftsführung wandelt sichvielmehr in eine Pflicht zur Überwachung der anderen Teilbereiche. [1] Ein Vorstandsmitglied darf seine Bedenken gegen eine Geschäfts- oder Verwaltungsmaßnahme im Aufgabenbereich eines anderen Vorstandsmitglied nicht unterdrücken. [2]

Dieser Pflicht entspricht die Befugnis, einer Geschäftsführungsmaßnahme aus dem einem anderen Vorstandsmitglied zustehenden Geschäftsbereich zu widersprechen. [3] Im Falle eines solchen Widerspruchs muß die beabsichtigte Maßnahme gegebenenfalls (nach Maßgabe der Satzung oder der Geschäftsordnung) unterbleiben. [4]

Auch diese Überwachungspflicht gehört zur Geschäftsführung, ihre Erfüllung muß vom Aufsichtsrat kontrolliert werden. Überwachungspflicht als Vorstandsmitglied und Kontrolle ihrer Erfüllung als Aufsichtsratsmitglied lägen in einer Hand. Das Aufsichtsratsmitglied müßte seine eigene Geschäftsführung prüfen, gegebenenfalls kritisieren oder sogar einen Ersatzanspruch gegen sich als Vorstandsmitglied geltend machen (§§ 112, 93). Ein derartiger Interessenkonflikt würde fast notwendig zu einer wenig gewissenhaften Überwachung führen.

---

1 Boesebeck,Geschäftsführung und Verantwortung,2.

2 Würdinger,Aktien- und Konzernrecht, § 21 IV 3e; BGHZ 15,71(78).

3 Baumbach-Hueck,AktG, §77 RZiff.3 erkennen ein Widerspruchsrecht nur an, falls es in der Satzung oder der Geschäftsordnung festgelegt ist.

4 Godin-Wilhelmi,AktG Bd.1, 3.Aufl., §77 Anm.2; vgl. auch § 115 I HGB.- Etwas anderes gilt in den Fällen wirksamer Mehrheitsentscheidungen. Der Widerspruch derjenigen, die überstimmt werden, bleibt unberücksichtigt. Das ändert aber nichts an ihrer grundsätzlichen Pflicht zur Überwachung aller anderen Teilbereiche.

Ziel des Gesetzgebers war es, die beiden Organe Vorstand und Aufsichtsrat funktionell und deshalb auch personell auseinanderzuhalten. Eine Vorrangigkeit des einen Amtes vor dem anderen sollte nicht geschaffen werden. Soll das Mitglied eines Organs Mitglied des anderen werden, so kann es das neue Amt wirksam übernehmen, sobald es des alten entkleidet ist [1]. Die zeitliche Reihenfolge der Berufungen entscheidet über ihre Wirksamkeit, da es kein anderes dem Gesetz und den Erfordernissen der Rechtssicherheit entsprechendes Merkmal gibt [2]. Eine bestehende Vorstandsmitgliedschaft hindert den Erwerb der Mitgliedschaft im Aufsichtsrat, eine bestehende Aufsichtsratsmitgliedschaft läßt keine wirksame Bestellung zum Vorstandsmitglied zu.

Da die Bestellung zum Vorstandsmitglied erst mit der Annahme durch den Gewählten wirksam wird, verstoßen Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds und Mitteilung seiner Bestellung noch nicht gegen §105 I [3]. Dies muß schon deshalb richtig sein, weil man nicht dem Aufsichtsratsmitglied das Risiko aufbürden darf, sein Amt niederzulegen oder sich abberufen zu lassen (§103) [4], obwohl über seine Bestellung zum Vorstandsmitglied noch nicht entschieden ist [5]. Es genügt zur Wirksamkeit der Bestellung, daß spä-

---

1 Brox, Erteilung, Widerruf und Niederlegung, I3.

2 Vgl. BGHZ 30, 149, 151f (zur Mehrfachabtretung einer Forderung)

3 AA Godin-Wilhelmi, AktG Bd. 1, 3. Aufl., §105 Anm2, der im umgekehrten Fall schon die Wahl eines im Amt befindlichen Vorstandsmitglieds zum Aufsichtsratsmitglied für nichtig hält, falls nicht eine entsprechende aufschiebende Bedingung oder Befristung vorgesehen ist.

4 Vgl. zu dem Vorgänger von §103: §243 HGB RGZ 68, 223(225)

5 Brox, Erteilung, Widerruf und Niederlegung, II2

testens mit der Annahme der Bestellung die Aufsichtsratsmitgliedschaft verloren wird.

Ist die Bestellung angenommen worden, [1] ohne daß eine gleichzeitig noch bestehende Aufsichtsratsmitgliedschaft verloren wurde, greift das Verbot des § 105 I ein. Die Bestellung ist nicht wirksam. Das Aufsichtsratsmitglied hat die Vorstandsmitgliedschaft nicht erworben.

Die Aufsichtsratsmitgliedschaft zur Zeit der Annahme könnte zur endgültigen Nichtigkeit der Bestellung führen, [2] möglicherweise aber auch nur zu einer schwebenden Unwirksamkeit mit der Folge, daß ein späterer Wegfall der Aufsichtsratsmitgliedschaft den Mangel noch -ohne weiteres- mit Wirkung ex nunc heilen könnte. § 105 würde auch in diesem Fall nicht verletzt, da die betreffende Person zu keiner Zeit gleichzeitig Mitglied in beiden Organen wäre.

Die Bestellung zum Vorstandsmitglied muß nicht schon im Zeitpunkt der Abgabe der notwendigen Willenserklärungen wirksam werden. Sie kann auch für einen zukünftigen Termin erfolgen -aufschiebend befristete Bestellung (§ 163 BGB)- [3]; ihr Wirksamwerden kann auch von dem Eintritt eines ungewissen Ereignisses abhängig gemacht werden

---

1 Bei diesen Erörterungen wird davon ausgegangen, daß zeitlich mit der Annahme die Vorstandsmitgliedschaft erworben würde, wenn kein gesetzlicher Unfähigkeitsgrund vorläge. Grundsätzlich ist das Vorstandsmitglied mit der wirksamen Annahme gehalten, seine Pflichten als Vorstandsmitglied zu erfüllen, sein Amt anzutreten, es sei denn, die Bestellung solle erst zu einem späteren Zeitpunkt wirksam werden.

2 Baumbach-Hueck, AktG, § 105 RZiff.3; Brodmann, Aktienrecht, § 248 1.b

3 Schmidt-Meyer-Landrut in Gadow-Heinichen,AktG, § 75 Anm.13; wohl auch Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 75 RZiff.5.-Siehe auch u. S. 53

(aufschiebend bedingte Bestellung (§ 158 I BGB))[1]. So wäre es auch denkbar, die Bestellung zum Vorstandsmitglied rechtsgeschäftlich von der Bedingung abhängig zu machen, daß sein Aufsichtsratsamt verloren wird. Die Beifügung einer derartigen Bedingung ist möglich, aber nicht notwendig, wenn das Gesetz selbst schon diese Voraussetzung fordert.

§ 105 verbietet nicht die Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds zum Vorstandsmitglied mit der Folge der Nichtigkeit, sondern nur die gleichzeitige Mitgliedschaft in beiden Organen. Er läßt die aufeinanderfolgende Mitgliedschaft zu. Weder das Gesetz, noch die Rechtssicherheit fordern die -unheilbare- Nichtigkeit der Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds zum Vorstandsmitglied.

§ 105 I ist für die Fälle der Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds zum Mitglied des Vorstands sinngemäß folgendermaßen zu lesen:

> Die Bestellung zum Vorstandsmitglied wird wirksam, wenn die Aufsichtsratsmitgliedschaft beendet ist.

Bis zur Beendigung ist die Bestellung schwebend unwirksam.

---

1 Herschel, Bedingte Bestellung, IV.- Zweifelhaft könnte hier nur sein, ob ein Ereignis zur Bedingung gemacht werden könnte, das möglicherweise schon bald, möglicherweise aber auch erst nach längerer Zeit eintritt. Denn die Vorstandsmitglieder sollen zumindest im Zeitpunkt ihres Amtsantritts zur Leitung der AG geeignet sein. Es läßt sich kaum auf Jahre vorhersagen, wie sich die Fähigkeiten einer Person entwickeln. Nimmt der Aufsichtsrat dieses Risiko in Kauf, so kann er ersatzpflichtig werden (§§ 116, 93); im übrigen bleibt nur ein Widerruf der Bestellung aus wichtigem Grund (§ 84 III). § 84 III ist für die Zeit vor Eintritt der Bedingung entsprechend anwendbar (vgl. auch § 162 BGB).

d. Satzungsmäßiger Unfähigkeitsgrund

Den vom Gesetz geforderten Voraussetzungen für eine Vorstandsmitgliedschaft können in der Satzung weitere hinzugefügt werden. [1] In der Satzung kann die Zahl der Vorstandsmitglieder festgelegt werden (vgl. § 76 II).

Es ist streitig, wie die Bestellung einer Person zum Vorstandsmitglied rechtlich zu behandeln ist, die zwar die vom Gesetz geforderten Eigenschaften besitzt, der aber eine oder mehrere der von der Satzung vorgeschriebenen Voraussetzungen fehlen.

Die herrschende Meinung [2] hält die Bestellung für wirksam, [3] sieht aber in der fehlenden, von der Satzung geforderten Eigenschaft einen wichtigen Grund zum Widerruf. Für den Aufsichtsrat bestehe in diesen Fällen eine Verpflichtung zum Widerruf. [4]

---

1 Krüger, Die Bestellung, II Cb; Enke, Die Bestellung zum Vorstandsmitglied, B.IV §14; Freudiger, Vorstand und Aufsichtsrat der AG, I.Teil, I4; Schmidt-Meyer-Landrut in Gadow-Heinichen, AktG, §75 III3 Anm.7; Schlegelberger-Quassowski,AktG, §75 RZiff.4; Hueck, Gesellschaftsrecht, §24 III1; Godin-Wilhelmi, AktG Bd.1, 3.Aufl., §76 Anm.8; Baumbach-Hueck. AktG, §76 RZiff.9

2 Krüger,Die Bestellung, II Cb.; Ott, Vorstandsbestellung, VIII3.;Schmidt-Meyer-Landrut in Gadow-Heinichen, AktG, §75 Anm.7; Kersten, Handbuch 1.Teil, AII 18.b;Baumbach-Hueck, AktG §76 RZiff.9;Goldschmit, Die Aktiengesellschaft, §231 21.;Lehmann, Aktiengesellschaften Bd.2, S.237 will auf den Einzelfall abstellen, ob die Wahl ungültig ist oder ob nur ein Abberufungsgrund gegeben ist. Vgl. auch Dose, Die Rechtsstellung, S.22

3 AA Enke, Die Bestellung zum Vorstandsmitglied, B V §15 und Schlegelberger-Quassowski, AktG, §75 Anm.4, welche die Bestellung für nichtig halten.

4 Godin-Wilhelmi,AktG Bd.1, 3.Aufl., §76 Anm.8; Schmidt-Meyer-Landrut in Gadow-Heinichen, AktG, §75 Anm.7; Kersten, Handbuch 1.Teil, A II 18.b; Baumbach-Hueck, AktG, §76 RZiff.9 für einen Verstoß gegen satzungsmäßige Vorschriften bei der Bestellung;bei nachträglichem Wegfall einer satzungsmäßigen Voraussetzung bestehe Verpflichtung nur im Zweifel.

Diese Ansicht wird damit begründet, daß der Schutz des Rechtsverkehrs die Wirksamkeit der Bestellung in diesen Fällen fordere. Außerdem dürfe eine in der Satzung geforderte, dem Vorstandsmitglied fehlende Voraussetzung nicht dazu führen, daß diesen keine Pflichten treffen [1]. Die im Falle einer Unwirksamkeit der Bestellung eintretenden unerwünschten Rechtsfolgen sollen vermieden werden. Daher müsse die Bestellung wirksam sein.

Diese Begründung reicht nicht aus. Derartige unerwünschte Folgen können immer eintreten, wenn jemand als Vorstandsmitglied tätig wird, obgleich er nicht wirksam bestellt ist. Sie können nicht die Annahme einer wirksamen Bestellung rechtfertigen. Ob die Bestellung in diesen Fällen der Nichtbeachtung von satzungsmäßigen Bestimmungen wirksam oder unwirksam ist, hängt vielmehr davon ab, welche Bedeutung diesen Vorschriften zukommt und ob sie die Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats unmittelbar einschränken können.

Bei der Bestellung von Vorstandsmitgliedern tritt der Aufsichtsrat als Vertretungsorgan der AG auf. Die Vertretungsbefugnis ist ihm kraft Gesetzes zwingend zugewiesen (§ 84 I1). Diese Zuweisung in §84 erfolgt unter dem Gesichtspunkt der Aufgabenverteilung unter den Organen der Gesellschaft. Die ausschließliche Zuständigkeit verbietet es jedoch nicht unbedingt, durch Aufnahme von Satzungsbestimmungen über notwendige Voraussetzungen von Vorstandsmitgliedern die Auswahlmöglichkeit des Aufsichtsrats zu verringern.

Für die Zulässigkeit einer Einschränkung der Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats spricht ein Vergleich mit den Vorschriften über die Vertretung der AG durch den Vorstand. Sie zeigen,

---

1 Schmidt-Meyer-Landrut in Gadow-Heinichen, AktG, §75 Anm.7

daß die gesetzlichen Bestimmungen über die Vertretungsbefugnisse nicht notwendig unbeschränkt und unbeschränkbar gelten. Das Gesetz erklärt ausdrücklich eine Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstands für unzulässig (§ 82 I). Ohne diese Vorschrift käme eine Einschränkung der Vertretungsmacht, etwa durch die Satzung, in Frage [1]. Für den Aufsichtsrat gibt es eine solche gesetzliche Vorschrift nicht, die eine Einschränkung des Umfangs seiner Vertretungsbefugnisse verbieten würde[2].

§ 82 I kann auch nicht auf die kraft Gesetzes dem Aufsichtsrat übertragenen Vertretungsbefugnisse analog angewandt werden. Normzweck und Interessenlage, die zur Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht des Vorstands geführt haben, rechtfertigen keine analoge Anwendung auf die Fälle, in denen der Aufsichtsrat Vertretungsorgan ist.

Der Vorstand vertritt die Gesellschaft im Rechts- und Geschäftsverkehr mit Dritten gerichtlich und außergerichtlich. Das Verkehrsbedürfnis fordert, daß seine Vertretungsbefugnisse objektiv bestimmt und jederzeit von Dritten bestimmbar sind. Die Notwendigkeit für Dritte, bei jedem Rechtsgeschäft die Satzung einzusehen, würde zu einer unzumutbaren Belastung des Geschäftsverkehrs führen. Die in der unbeschränkbaren Vertretungsmacht liegende Gefahr von Eigenmächtigkeiten und satzungswidriger Verwendung des Gesellschaftsvermögens wird dafür in Kauf genommen [3]. Der Schutz des Rechtsverkehrs

---

1 Vgl. dazu Kropff, Aktiengesetz, BegrRegE zu §82

2 Godin-Wilhelmi, AktG Bd.1, 3.Aufl., §112 Anm2 steht nicht entgegen. Nach ihrer Ansicht ist §112 zwingend und kann mit Rücksicht auf §23 IV durch die Satzung nicht geändert werden. Godin-Wilhelmi meinen damit die zwingende Aufgabenzuweisung an den Aufsichtsrat in §112, nicht deren Umfang.

3 Kropff, Aktiengesetz, BegrRegE zu §82

geht dem Schutz der AG vor.

Die Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats gilt auch für die Bestellung. Bei der Berufung von Vorstandsmitgliedern handelt es sich um Einzelfälle, die in mehr oder weniger größeren zeitlichen Abständen vorkommen. Hier besteht kein Bedürfnis, die Befugnis des Aufsichtsrats objektiv uneinschränkbar zu gestalten. [1]

Führte die satzungsmäßige Einschränkung der Vertretungsbefugnisse zur Unwirksamkeit der Bestellung, so könnte dagegen nicht eingewandt werden, der Berufene müsse sich darauf verlassen können, daß der Aufsichtsrat bei der Bestellung in seiner Wahl völlig frei sei. Es wäre dem Gewählten zuzumuten und von ihm zu erwarten, daß er sich über den Inhalt der Satzung unterrichtet.

Die zwingenden Satzungsvorschriften über die Voraussetzungen einer Bestellung schränken die Befugnisse des Aufsichtsrats unmittelbar ein. [2] Seine Vertretungsmacht besteht nur noch in dem durch die Satzung eingeschränkten Umfang. [3] Er

---

1 OLG Oldenburg/Das Recht 1908 Nr.848 zu § 247 HGB vom 10.5.1897 (zur Begründung für die Heranziehung einer Entscheidung zu §247 HGB vgl. Fußn.3).

2 Der Gesellschaftsvertrag (die Satzung) zieht die Grenzen, innerhalb derer dem Aufsichtsrat bei der Bestellung Bewegungsfreiheit gelassen ist (zu §182 II Nr.4 HGB v.10.5.1897)(KGJ 24, A194). Diese Entscheidung befaßt sich mit der Bedeutung einer satzungsmäßigen Festlegung der Zahl von Vorstandsmitgliedern (vgl.§76 II2).- Wo der Gesellschaftsvertrag einer GmbH eine Bestimmung über die Zahl der Geschäftsführer enthält, ist diese zu beobachten und kann eine Abweichung nur im Wege der Statutenänderung rechtsgültig herbeigeführt werden (RG/LZ 1908, 601 Nr.35).

3 Vgl.Bauers Zeitschrift für Aktiengesellschaften,Bd.8 S.50 zu §247HGB v.10.5.1897:"Der Aufsichtsrat vermag nur insofern mit dem Vorstand Verträge namens und für die Gesellschaft einzugehen,als Gesetz und Statut dem nicht entgegenstehen."Diese Äußerung zu §247HGB kann zur Begründung herangezogen werden.§247 HGB

ist kraft Gesetzes im Zusammenhang mit der Satzung nur zur Bestellung solcher Personen ermächtigt, die alle satzungsmäßigen Voraussetzungen erfüllen. Die satzungsmäßige Beschränkung der Auswahlmöglichkeit von Vorstandsmitgliedern findet ihre Grenze dort, wo dem Aufsichtsrat keine Wahlmöglichkeit mehr bleibt. [1]

Bestellt der Aufsichtsrat eine Person zum Vorstandsmitglied, der eine von der Satzung geforderte Eigenschaft fehlt, oder erfolgt die Bestellung, obgleich die in der Satzung festgelegte Zahl (Höchstzahl) von Vorstandsmitgliedern vorhanden ist, so überschreitet der Aufsichtsrat seine Vertretungsbefugnis.

Das Aktiengesetz enthält keine Bestimmungen darüber, ob die Bestellung in diesem Fall dennoch wirksam ist oder nicht. Es greifen die allgemeinen Vorschriften des BGB über die Vertretung ohne Vertretungsmacht ein (entsprechende Anwendung der §§ 177ff BGB). Eine unmittelbare Anwendung dieser Bestimmungen kommt nicht in Betracht; sie setzen voraus, daß ein Rechtssubjekt (der Vertreter) für ein anderes (den Vertretenen) im Rechtsverkehr auftritt. Der Aufsichtsrat ist nicht Rechtssubjekt. Es besteht keine Personenverschiedenheit zwischen der Gesellschaft und dem Aufsichtsrat.

Die Regeln der Vertretung ohne Vertretungsmacht erfassen aber nach ihrem Sinn und Zweck auch den Fall des organschaftlichen Handelns

---

entspricht -mit gewissen Erweiterungen- § 112 AktG65. §§ 84 und 112 sind gleich zu behandeln soweit es um die grundsätzliche Frage geht, ob die Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats eingeschränkt werden kann.

1 Ob noch eine ausreichende Wahlmöglichkeit besteht, müßte im Einzelfall entschieden werden.

ohne Vertretungsmacht. [1] Sie wurden in das BGB aufgenommen, weil es dem Verkehrsbedürfnis entsprach, "daß auch durch einen nicht ermächtigten Vertreter für einen Anderen mit rechtlichem Erfolge gehandelt werden kann." [2] Der ohne Vertretungsmacht im Namen eines anderen abgeschlossene Vertrag kann durch nachträgliche Genehmigung dieses anderen wirksam werden (§ 177 I BGB).

Das gleiche Bedürfnis für die Möglichkeit einer Heilung durch Genehmigung besteht, wenn ein Organ der AG die ihm zustehende Vertretungsmacht überschreitet. Daher sind die §§ 177ff BGB auch anwendbar, wenn der Aufsichtsrat eine natürliche Person zum Vorstandsmitglied bestellt,[3] die nicht alle von der Satzung geforderten Eigenschaften besitzt; [4] dasselbe gilt, wenn Satzungsvorschriften eine Höchstzahl von Vorstandsmitgliedern festsetzen und diese Zahl bereits vor Bestellung des neuen Vorstandsmit-

---

1 Baumbach-Hueck, §82 RZiff.5 für den Fall, daß der Vorstand seine Vertretungsbefugnis überschreitet; ebenso Mertens im Kölner Kommentar, §82 RZiff.13

2 Motive Bd.I, S.240 (§§ 123-125)

3 Die Bestellung ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft (s.o.S. [12]). Daher kommt § 177, nicht § 180 BGB zur Anwendung(vgl. dazu Motive Bd.I, S.244f (§ 126))

4 Etwas anderes gilt für den Fall, daß die Bestellung im Hinblick auf eine geplante Satzungsänderung vorgenommen wird, durch die eine dem Berufenen fehlende, von der Satzung jetzt noch geforderte Eigenschaft wegfallen soll. Dann kann es sich um eine aufschiebend bedingte oder befristete Bestellung handeln, die mit der Eintragung der Satzungsänderung in das Handelsregister wirksam wird (§§ 179ff, 181 III).

glieds erreicht ist [1].

Die Bestellung ist schwebend unwirksam. Sie kann -ex tunc (§ 184 I BGB)- wirksam werden durch Genehmigung der Bestellung von Seiten der Hauptversammlung. Diese Genehmigung setzt einen satzungsändernden Beschluß voraus (§§179 I,II, 133 I), der in das Handelsregister eingetragen werden muß (§ 181). Die Eintragung ist auch erforderlich, wenn die Satzungsänderung nur für diesen einen konkreten Fall gelten soll [2]. Verweigert die Hauptversammlung eine Genehmigung, so ist die Bestellung endgültig nichtig [3].

---

1 Etwas anderes gilt, falls die Bestellung im Hinblick auf eine geplante Satzungsänderung vorgenommen wird, die zu einer höheren Zahl von Vorstandsmitgliedern führen soll (vgl. S.48 Fußn.4) oder im Hinblick auf den Ablauf der Amtszeit eines Vorstandsmitglieds oder auf den Widerruf einer Bestellung (vgl. KGJ 28 A224: Zuwahl von Aufsichtsratsmitgliedern mit der Maßgabe, daß ihr Amt erst mit Eintragung des die im Gesellschaftsvertrag festgelegte Zahl von Aufsichtsratsmitgliedern erhöhenden Generalversammlungsbeschluß wirksam werden soll).

2 Baumbach-Hueck,AktG 13.Aufl.,§179 RZiff.3; Godin-Wilhelmi,AktG Bd.2, 3.Aufl.,§179 Anm 2;Fischer in Gadow-Heinichen,§145 Anm6.- AA Boesebeck,Satzungsdurchbrechung, S.2267 III3.,der eine Eintragung für unnötig hält, wenn sie einen gleichzeitig ablaufenden, einmaligen Vorgang betrifft und durch eine neue Eintragung wieder beseitigt würde.

3 Genehmigt die Hauptversammlung eine Bestellung, ohne daß eine Satzungsänderung vorliegt, so ist die Bestellung wirksam. Der die Bestellung genehmigende Beschluß kann jedoch angefochten werden (§§ 243 ff).

e. Anfechtung der Bestellung

Die herrschende Meinung[1] steht auf dem Standpunkt, die Bestellung sei nicht anfechtbar mit der Wirkung, daß die Vorstandsmitgliedschaft ex tunc entfalle. Die Rechtsstellung eines Vorstandsmitglieds und die mit ihr verbundene Verantwortung lasse eine rückwirkende Beseitigung nicht zu.[3]

Schlegelberger-Quassowski[4] halten die Vorschriften über Anfechtung wegen Drohung, Irrtums, arglistiger Täuschung (§§ 119ff BGB) auf die Bestellung für -offenbar uneingeschränkt- anwendbar.

Anfechtbar sind nur Willenserklärungen. Die Bestellung ist keine Willenserklärung, sie setzt sich aus Willenserklärungen zusammen. Der Beschluß des Aufsichtsrats, die Mitteilung dieses Beschlusses an den Dritten und dessen Zustimmungserklärung können anfechtbar sein.

Die Beseitigung eines Beschlusses könnte durch die Anfechtung der einzelnen Stimmen oder Stimmabgaben erreicht werden.[5] Bei der Abstimmung handelt es sich um die Abgabe von Wil-

---

1 Kronstein,Vorstandsbestellung,II 2.a;Kersten, Handbuch 1.Teil,A I 18c.; Grub, Rechtliche Stellung, B(B) III2.; Schmidt, Anm. zu BGH/JZ 1951,688 2.c; Schmidt-Meyer-Landrut in Gadow-Heinichen, AktG, §75 Anm.9; vgl. auch v.Gierke Die automatische Verlängerung, S.166.

2 Die Frage einer Anfechtung der Bestellung soll schon an dieser Stelle erörtert werden. Zwar setzt die Anfechtung ein wirksames Rechtsgeschäft voraus. Eine wirksame Anfechtung führt aber dazu, daß das Rechtsgeschäft von Anfang an als nichtig gilt (§ 142 I BGB), der Betroffene wäre niemals Vorstandsmitglied gewesen.

3 Schmidt-Meyer-Landrut in Gadow-Heinichen, AktG, § 75 Anm.9

4 Schlegelberger-Quassowski, AktG,§75 RZiff.16

5 Auf die Beschlüsse des Aufsichtsrats sind nach hM die Regeln über die Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen (§§243ff) nicht anwendbar;Baumbach-Hueck,AktG,§108 RZiff.3;Godin-Wilhelmi,AktG 3d.1,3.Aufl.,§108 Anm.2

lenserklärungen. Die Stimmabgabe ist auf einen rechtlichen Erfolg gerichtet, nämlich auf einen Beschluß mit dem von dem einzelnen Mitglied gewollten Inhalt. Sie kann grundsätzlich nach allgemeinen Regeln angefochten werden. [1]

Ob von einer Anfechtung der Beschluß berührt wird, hängt davon ab, ob er auf dieser angefochtenen Stimme beruht, [2] ob auch ohne diese Stimme die erforderliche Mehrheit erreicht ist.

Somit kann ein Aufsichtsratsbeschluß durch die Anfechtung einzelner Stimmen beseitigt werden. Das müßte grundsätzlich auch für den Bestellungsbeschluß gelten.

Anfechtbar wären nach allgemeinen Regeln auch die Ausführung des Aufsichtsratsbeschlusses durch eine entsprechende Mitteilung an den Dritten und dessen Zustimmung zu seiner Bestellung, da es sich hierbei um Willenserklärungen handelt.

Die Anfechtung einzelner Stimmabgaben, durch deren Beseitigung die für den Bestellungsbeschluß erforderliche Mehrheit entfallen würde, führte zu einer rückwirkenden Vernichtung der Bestellung; denn der für eine wirksame Bestellung notwendige Aufsichtsratsbeschluß läge nicht mehr vor.

Auch die Anfechtung der Bestellungserklärung des Aufsichtsrats und der Zustimmung des Gewählten führten zu einer Beseitigung der Bestellung ex tunc (§ 142 I BGB). Die besondere Stellung eines Vorstandsmitglieds und seine Tätigkeit könnten aber eine rückwirkende Beseitigung der Bestellung verbieten.

Der Vorstand ist Organ der Körperschaft, des-

---

1 Godin-Wilhelmi, AktG Bd.1, 3.Aufl., §108 Anm.2; Baumbach-Hueck, AktG, §108 RZiff.3; Schmidt-Meyer-Landrut in Gadow-Heinichen, AktG, §92 Anm.20a

2 Godin-Wilhelmi, Baumbach-Hueck (wie Fußn.1)

sen "Entschließungen und Rechtsakte Entschliessungen und Rechtsakte der Körperschaften", [1] der AG sind. Der Vorstand ist Teil der AG. Die AG handelt durch ihn. [2] Als Leiter der AG macht er sie handlungsfähig.

Das Organ Vorstand besteht aus seinen Mitgliedern. [3] Die AG lebt durch sie. Sie fassen die Beschlüsse zur Geschäftsführung und führen sie aus, sie schließen die Rechtsgeschäfte mit Dritten.

Die geschilderte Lage verlangt es, die Bestellung, also die für sie notwendigen Rechtshandlungen, und die auf Grund der Bestellung ausgeübte Vorstandsmitgliedschaft, jedenfalls soweit es um die Frage der Anfechtung geht, auseinanderzuhalten. Die Willenserklärungen bei der Bestellung lassen sich vernichten, die ausgeübte Vorstandsmitgliedschaft, der abgelaufene Rechts- und Geschäftsverkehr mit Dritten, die auf die Wirksamkeit der abgeschlossenen und durchgeführten Geschäfte vertrauen, die Existenz eines Lebensverhältnisses lassen sich nicht leugnen und rückwirkend beseitigen. [4] Eine Anfechtung mit der rückwirkenden Vernichtung der Vorstandsmitgliedschaft, der Vorstandstätigkeit, kommt nicht in Betracht; insoweit sind die Regeln über die An-

---

1 Lehmann, Aktiengesellschaften Bd.2, II §69

2 Teichmann-Koehler, AktG, §70 1.; RGZ 3,123 (125)

3 Lehmann,Aktiengesellschaften Bd.2, II §69, unterscheidet zwischen Vorstand und Vorstandsmitglied. Die Vorstandsmitglieder stünden in einem privatrechtlichen gegensätzlichen Verhältnis zur AG. Sie würden angestellt und entlassen, erhielten eine Vergütung usw. Die genannten Beispiele zeigen, daß Lehmann mit der Vorstandsmitgliedschaft das Anstellungsverhältnis meint.

4 Vgl. zu dieser Frage: Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, §15 (mit weiteren Nachweisen).

fechtung nicht anwendbar. [1]

Es käme somit lediglich eine Beseitigung der Vorstandsmitgliedschaft ex nunc in Betracht. Das liefe in der Wirkung auf einen Widerruf von Seiten der AG oder auf eine Niederlegung des Amtes von Seiten des Vorstandsmitglieds hinaus. Es ist deshalb richtiger, eine Anfechtung der Bestellung auszuschließen. [2] Ein gegebener Anfechtungsgrund ist darauf zu untersuchen, ob er -im jetzigen Zeitpunkt- einen wichtigen Grund für den Widerruf oder die Niederlegung der Vorstandsmitgliedschaft bietet. [3]

f. Bedingte, befristete Bestellung

Der Vollständigkeit halber sei noch die Möglichkeit einer aufschiebend bedingten oder befristeten Bestellung [4] erwähnt. In diesen Fällen sind schon alle für die Bestellung erforderlichen Rechtshandlungen vorgenommen, der Betreffende wird aber erst Vorstandsmitglied mit Eintritt der Bedingung oder des Termins (§§ 158 I, 163 BGB). [5]

---

1 Hat das Vorstandsmitglied seine Arbeit noch nicht begonnen, liegt noch keine Vorstandstätigkeit vor, die nicht rückwirkend beseitigt werden könnte. Daher bleibt es hier bei den allgemeinen Regeln, insbesondere der Vernichtbarkeit einer Bestellung ex tunc.

2 Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, §18

3 s.u.S.63 ff

4 Zu Recht weisen Schmidt-Meyer-Landrut in Gadow-Heinichen,AktG, §75 Anm.13 daraufhin, daß im Falle einer aufschiebend befristeten Bestellung nicht Jahre zwischen der Bestellung und dem Beginn der Amtszeit liegen dürfen,da dies dem Zweck der gesetzlichen Begrenzung der Amtszeit zuwiderliefe. Ebenso Frels, Handelsregisterliche Fragen, 1.

5 Zu der Frage,ob die aufschiebend bedingte oder aufschiebend befristete Bestellung bereits im Zeitpunkt der Bestellung oder erst bei Eintritt der Bedingung oder nach Ablauf der Frist in das Handelsregister eingetragen werden kann vgl. Frels, Handelsregisterliche Fragen, 4.

2. Zusammenfassung

a. Eine wirksame Bestellung liegt von Anfang an nicht vor, falls

aa. ein wirksamer Aufsichtsratsbeschluß über die Bestellung fehlt,

bb. ein Bestellungsangebot nicht abgegeben wurde,

cc. die Zustimmung nicht wirksam erklärt wurde,

dd. der Betroffene keine natürliche Person ist oder

ee. der Betroffene beschränkt geschäftsfähig oder geschäftsunfähig ist.

b. Eine schwebend unwirksame Bestellung mit der Möglichkeit der Heilung oder der endgültigen Nichtigkeit liegt vor, falls

aa. ein Aufsichtsratsmitglied mit seiner Zustimmung in den Vorstand berufen wird, ohne sein Aufsichtsratsamt verloren zu haben oder

bb. falls dem Berufenen eine von der Satzung zwingend vorgeschriebene Eigenschaft fehlt.

c. Bei der Bestellung unter einer aufschiebenden Bedingung oder Befristung wird die Vorstandsmitgliedschaft erst mit Eintritt der Bedingung oder des vereinbarten Termins erworben.

d. Die Bestellung eines Vorstandsmitglieds ohne Einwilligung des Aufsichtsrats zum Vorstandsmitglied einer anderen AG ist wirksam.

e. Die Bestellung eines Beamten ohne Genehmigung seiner obersten Dienstbehörde ist wirksam.

f. Eine Anfechtung der Bestellung ist unzulässig, sobald das Vorstandsmitglied mit seiner Vorstandstätigkeit begonnen hat.

3. Späterer Verlust der Vorstandsmitgliedschaft

a. Ablauf der Amtszeit

Die Berufung in den Vorstand kann jeweils nur für höchstens fünf Jahre erfolgen (§ 84 I1). Die Bestellung für eine kürzere Zeit ist zulässig [1]. Nach dem Zeitablauf einer Bestellung kann die Vorstandsmitgliedschaft verlängert werden (§ 84 I2). Diese Verlängerung bedarf eines neuen Aufsichtsratsbeschlusses, es sei denn, eine automatische Verlängerung sei bei der Bestellung vorgesehen und die gesamte Amtszeit (erster Amtsantritt bis zum Ende der Verlängerung) beträgt nicht mehr als fünf Jahre. Darüber hinaus sind automatische Verlängerungsklauseln unzulässig und unwirksam [2].

Nach Ablauf der Amtszeit ohne eine Weiterbestellung oder eine wirksame automatische Verlängerung (Verlängerungsklausel) endet die Vorstandsmitgliedschaft [3].

b. Tod eines Vorstandsmitglieds

Von der Vererblichkeit einer Vorstandsmitgliedschaft hängt es ab, ob die Organstellung mit dem Tod des Vorstandsmitglieds erlischt oder nicht. Es ist allgemein anerkannt, daß nicht alle Rechtsstellungen und tatsächlichen Positionen vererblich sind. Vermögensbezogene Rechte und Pflichten sind im allgemeinen vererblich, persönlichkeitsbezogene dagegen nicht [4].

---

1 s.o. S.15

2 So ausdrücklich die Begründung zum RegE bei Kropff, Aktiengesetz, §84; Baumbach-Hueck, AktG, §84 RZiff.5; Godin-Wilhelmi, AktG Bd.1, 3.Aufl., §84 Anm6; ebenso schon zu §75 AktG37 BGHZ 10, 187(194); Schmidt-Meyer-Landrut in Gadow - Heinichen, AktG, §75 Anm13

3 Vgl. zum Verlust der Aufsichtsratsmitgliedschaft durch Zeitablauf: Amtsgericht Augsburg/BB 1957,448

4 Brox, Erbrecht, §4 B I RNr.109

Vorstandsmitglieder haben eine besondere Vertrauensstellung. Ihre Tätigkeit verlangt verantwortliche Persönlichkeiten, die nach Vorbildung und Charakter dieser Aufgabe gewachsen sind. Vorstandsmitglieder müssen mit den Bedürfnissen der AG vertraut sein [1]. Die gehobene Stellung, ihre Selbständigkeit [2], die Kenntnis aller Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse kann nur solchen Personen gegeben werden, welche die erforderlichen Voraussetzungen erfüllen [3]. Der Erwerb einer Vorstandsmitgliedschaft kraft Erbfolge könnte dieser Forderung nicht gerecht werden. In das Vertrauensverhältnis zwischen dem verstorbenen Vorstandsmitglied und der AG kann der Erbe nicht eintreten.

Die Stellung eines Vorstandsmitglieds ist nicht vererblich. Mit dem Tode des Vorstandsmitglieds erlischt die Vorstandsmitgliedschaft.

c. Nachträglicher Eintritt eines gesetzlichen Unfähigkeitsgrundes

Der nachträgliche Eintritt eines gesetzlichen Unfähigkeitsgrundes führt nach allgemeiner Meinung [4] zum Erlöschen des Vorstandsamtes.

---

1 Dippel, Die Reform des Aktienrechts, B I1

2 s.o. S.31

3 Rumpf, Vertrauensgeschäfte, S.75

4 Godin-Wilhelmi, AktG Bd.1,3.Aufl.,§76 Anm8; Baumbach-Hueck,AktG,§76 RZiff.9;Schlegelberger-Quassowski,AktG,§75 Anm4;Lehmann, Aktiengesellschaften Bd.2,II §69;Ott,Vorstandsbestellung,S.61;Vischer,Die Abberufung,S.71ff;Enke, Die Bestellung zum Vorstandsmitglied, S.72 f

aa. Entmündigung

Die Entmündigung führt zum Verlust der vollen Geschäftsfähigkeit (§§ 104 Nr.3, 114 BGB). Beschränkte Geschäftsfähigkeit oder Geschäftsunfähigkeit und Vorstandsmitgliedschaft sind unvereinbar (§ 76 III). Wird ein Vorstandsmitglied entmündigt [1], so verliert es seine Vorstandsstellung, sobald die Entmündigung wirksam wird (vgl. §§ 661, 683 II ZPO).

Einem endgültigen Verlust der Vorstandsmitgliedschaft könnte entgegenstehen, daß der bereits wirksam gewordene Entmündigungsbeschluß noch anfechtbar ist (§§ 664, 684 ZPO). Mit der Rechtskraft eines den Beschluß aufhebenden Urteils würde das -ehemalige- Vorstandsmitglied wieder voll geschäftsfähig (§§ 672 Satz 2,684 IV ZPO).Dem Urteil läge die Feststellung zugrunde, daß der Betroffene immer geschäftsfähig gewesen sei. Seiner Organmitgliedschaft habe rechtlich niemals etwas im Wege gestanden.

Ob die Vorstandsmitgliedschaft jetzt wieder auflebt oder nicht, hängt davon ab,zu wessen Lasten der fälschlich erlassene Entmündigungsbeschluß geht; entweder müßte die AG ihr ehemaliges Vorstandsmitglied wieder in seiner früheren Stellung einsetzen oder die Vorstandsmitgliedschaft bliebe erloschen.

Die AG hat ein Interesse daran,daß sich mit dem Erlaß des Entmündigungsbeschlusses die Rechtslage endgültig gestaltet.Sie ist für eine ordnungsgemäße Geschäftsführung und Vertretung auf ihre Vorstandsmitglieder angewiesen und kann gezwungen sein,sogleich ein neues Vorstandsmitglied zu bestellen.Die Zahl der Vorstandsmitglieder richtet sich nach dem Grundkapital der Gesellschaft und den Bestimmungen der Satzung.Liegt das Grundkapital bei über drei

---

1 Voraussetzungen für eine Entmündigung: §6 BGB;Verfahren:§§ 645ff ZPO;Wirkungen: §§ 104 Nr.3,114 BGB.

Millionen Deutsche Mark, so muß der Vorstand mindestens zwei Mitglieder haben, wenn nicht die Satzung einen eingliedrigen Vorstand vorsieht (§ 76 II2). Besteht der Vorstand nach dem Ausscheiden des entmündigten Vorstandsmitglieds nur noch aus einer Person, obgleich nach dem Gesetz zwei Mitglieder erforderlich sind, ist der Aufsichtsrat zu einer Neubestellung gezwungen. [1] Das gilt erst recht im Falle eines einköpfigen Vorstands, wenn das einzige Vorstandsmitglied entmündigt worden ist.

Auch wenn sich der Vorstand satzungsgemäß aus mehr Personen als der im Aktiengesetz vorgesehenen Mindestzahl zusammensetzt, kann im allgemeinen nicht ohne Gefahr für die wirtschaftliche Entwicklung der AG auf unbestimmte Zeit ein Vorstandsmitglied von den übrigen Organmitgliedern ersetzt werden. Kraft Gesetzes oder aus der besonderen Aufgabenverteilung unter den Vorstandsmitgliedern besteht in einer AG zumeist die Notwendigkeit, für ein ausgeschiedenes Vorstandsmitglied unverzüglich ein neues zu berufen.

Führte die rechtskräftige Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses zu einem Wiederaufleben der Organmitgliedschaft, erhielte die AG nun ein zusätzliches, in der Satzung nicht vorgesehenes Vorstandsmitglied. [2] Sie hätte für dieses Mitglied möglicherweise keine oder nur eine ungenügende Verwendungsmöglichkeit, müßte aber die vollen Bezüge zahlen. Diese Belastung ent-

---

1 Möhring, Das neue Aktiengesetz, V.1. meint zwar, daß eine Gesellschaft, deren Vorstand nach §76 II unvorschriftsmäßig besetzt ist, dennoch nach außen handlungsfähig bleibt. Ein gewisser Zwang zur Befolgung des § 76 II ergibt sich aber daraus, daß in bestimmten Fällen nur der Gesamtvorstand im Sinne des § 76 wirksam tätig werden kann (zB: § 256 II).

2 Es wird sich kein für eine Vorstandstätigkeit geeigneter Mann finden, der sich für die Zeit bis zur Entscheidung über die Anfechtungsklage zum Vorstandsmitglied bestellen ließe.

stünde für die AG, ohne daß sie dafür Ursachen gesetzt hätte,und ohne die Möglichkeit, sich ihr zu entziehen.

Demgegenüber steht das Interesse des ehemaligen Vorstandsmitglieds, seine Stellung im Vorstand wieder einzunehmen. Eine rechtswidrige Entmündigung führte zum Verlust seiner Vorstandsmitgliedschaft.

Das Interesse der AG, den Vorstand mit der erforderlichen Zahl von Mitgliedern zu besetzen, ohne dabei das Risiko einer Überbesetzung in Kauf nehmen zu müssen, geht dem Interesse des ehemaligen Vorstandsmitglieds, sein Amt wieder einzunehmen, vor. Die Rechtsunsicherheit darüber, ob der Entmündigte wieder eintritt oder nicht und die daraus möglicherweise entstehende Unentschlossenheit des Aufsichtsrats bei der Bestellung eines neuen Vorstandsmitglieds muß vermieden werden. Streitigkeiten über die Zuständigkeit des inzwischen bestellten und des wieder eintretenden Vorstandsmitglieds darf es nicht geben. Hier träfe es die AG, deren Entwicklung für die Aktionäre und Arbeitnehmer und für die Allgemeinheit von großer Bedeutung ist, dort trifft es einen Einzelnen.

Diese Interessenabwägung zugunsten der AG führt dazu, daß der durch den Entmündigungsbeschluß eintretende Verlust der Vorstandsmitgliedschaft endgültig ist. Die auf die Anfechtungsklage hin ergehende Aufhebung des Beschlusses ändert daran nichts mehr.

bb. Krankhafte Störung der Geistestätigkeit

Tritt bei einem Vorstandsmitglied ein die freie Willensbestimmung ausschließender Zustand der Geistestätigkeit ein, und besteht dieser Zustand seiner Natur nach nicht nur vorübergehend, so verliert das Vorstandsmitglied seine Organstellung (§ 76 III AktG65 iVm

§ 104 Nr.2 BGB).

Dasselbe gilt für die Fälle der Teilgeschäftsunfähigkeit. [1]

cc. Wahl eines Vorstandsmitglieds in den Aufsichtsrat

Die Berufung eines Vorstandsmitglieds in den Aufsichtsrat ändert nichts an der Vorstandsmitgliedschaft. Die Unvereinbarkeit von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedschaft hindert lediglich den Erwerb des Aufsichtsratsamtes (§ 105 I).

Die zeitliche Reihenfolge der Berufungen entscheidet über ihre Wirksamkeit. Die erste Berufung in ein Organ der AG läßt keine zweite in ein anderes Organ zu, solange die erste Berufung wirksam ist. Keines der Ämter geht dem anderen vor. [2]

d. Nachträglicher Eintritt eines satzungsmäßigen Unfähigkeitsgrundes (Wegfall einer satzungsmäßigen Voraussetzung)

Verliert ein Vorstandsmitglied eine von der Satzung geforderte Voraussetzung für die Vorstandsmitgliedschaft, so wird davon nach allgemeiner Meinung [3] die Bestellung nicht be-

---

1 Zur Teilgeschäftsunfähigkeit vgl. Gebauer, AcP 153, 332

2 AA Morlock, Das Anstellungsverhältnis, S.26, der, allerdings ohne Begründung, offenbar eine Vorrangigkeit des Aufsichtsratsamtes annimmt. Er beruft sich für diese Ansicht fälschlich auf Schlegelberger-Quassowski, AktG, §75 Anm.4

3 Baumbach-Hueck, AktG, §76 RZiff.9; Godin-Wilhelmi, AktG Bd.1, 3.Aufl., §76 Anm.8; Schlegelberger-Quassowski, AktG, §75 Anm.4; Kersten, Handbuch 1.Teil, A II 18.b; Goldschmit, Die Aktiengesellschaft, §231 21.

rührt [1].

Im Gegensatz zum anfänglichen Fehlen einer satzungsmäßigen Voraussetzung[2] hat deren späterer Verlust keinen unmittelbaren Einfluß auf die Vorstandsmitgliedschaft. Die Organstellung bleibt erhalten.

Die in der Satzung festgesetzten Voraussetzungen haben nicht die Bedeutung, daß eine Person, der diese Voraussetzungen fehlen, nicht Vorstandsmitglied sein kann. Sie hindern lediglich die Bestellung, da sie die Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats unmittelbar einschränken [3].

Die Vertretungsbefugnis zur Bestellung einer bestimmten Person zum Vorstandsmitglied muß nur im Zeitpunkt der Berufung gegeben sein. Treten nachträglich Umstände ein, die nun satzungsgemäß eine Bestellung nicht mehr zuließen, so bleibt davon die Vorstandsmitgliedschaft unberührt.

Ob durch den nachträglichen Eintritt eines satzungsmäßigen Unfähigkeitsgrundes für den Aufsichtsrat ein wichtiger Grund zum Widerruf entsteht (§ 84 III1), soll im Rahmen des "Widerrufs der Bestellung" erörtert werden.

e. Widerruf der Bestellung

aa. Rechtmäßiger Widerruf

Der Aufsichtsrat [4] kann die Bestellung

---

1 Diese Ansicht wird nicht weiter begründet, da auch bei anfänglichem Fehlen einer satzungsmäßigen Voraussetzung Wirksamkeit der Bestellung angenommen wird.

2 s.o. S.43 ff

3 s.o. S.46 ff

4 Das Recht zum Widerruf steht nur dem Gesamtaufsichtsrat zu. Es kann nicht auf einen Aufsichtsratsausschuß übertragen werden (§ 107 III2 iVm § 84 III1).

widerrufen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 84 III1).

aaa. Wichtiger Grund

Das Gesetz nennt als wichtige Gründe grobe Pflichtverletzung,Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung und Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung (§ 84 III2) [1]. Es handelt sich hierbei um eine beispielhafte Aufzählung (§ 84 III2: "namentlich"), um besonders wichtige Fälle.[2]

Als weitere Gründe kommen in Frage: längere Erkrankung [3], Gebrechen [4], Überschuldung [5], Nichtbezahlung hoher Spielschulden unter Berufung darauf, daß eine Verbindlichkeit nicht begründet worden sei (§ 762 I1 BGB) [6], unrichtige Buchführung [7], Vorbereitung künftiger Konkurrenz, Spekulation gegen die AG, Bestechlichkeit [8], Mißbrauch der Vorstandsstellung [9], mangelnde Offenheit gegenüber dem Aufsichtsrat [10], dauernde Schwierigkeiten mit der Belegschaft [11].

Die genannten Fälle sind einerseits nicht als abschließende Aufzählung zu betrachten, andererseits aber auch nicht stets und absolut wichtige Gründe. Es kommt vielmehr darauf

---

1 Das Gesetz folgt der Rechtsprechung des BGH zu §75 III3 AktG37 (BegrRegE bei Kropff, Aktiengesetz zu §84)

2 Kropff,Aktiengesetz,Ausschußbericht zu §84

3 Kronstein, Anm. zu OLG Frankfurt/JW 1930, 2983

4 Kersten,Handbuch 1.Teil, A II 18.e

5 OLG Hamburg/BB 1954,978 Nr.1780

6 RGZ 53,266

7 Baumbach-Hueck,AktG, §84 RZiff.14

8 Brodmann,Aktienrecht, §231 6.h

9 Höppner,Praxis des Aktienrechts, S.24

10 BGHZ 20,239(246)

11 Godin-Wilhelmi,AktG Bd.1,3.Aufl.,§84 Anm13

an, ob im Einzelfall das Verbleiben des Vorstandsmitglieds im Vorstand die Belange der Gesellschaft erheblich gefährden würde, ob eine Fortsetzung der Vorstandstätigkeit nach Treu und Glauben für die AG als unzumutbar erscheint [1], ob die für die Vorstandstätigkeit notwendige Vertrauensgrundlage weggefallen ist [2]. Deshalb kommt es auf die Frage des Verschuldens nicht entscheidend an [3] (zB längere Erkrankung als wichtiger Grund). Verschulden ist nur ein Kriterium, nicht Voraussetzung für die Unzumutbarkeit.

In der Regel liegen die Voraussetzungen für einen wichtigen Grund zum Widerruf in der Person des Vorstandsmitglieds; notwendig ist es aber nicht [4]. (Beispiel:Betriebsumstellung [5]). Insoweit kommt allein aus dem Begriff des wichtigen Grundes keine abschließende Aufzählung der wichtigen Gründe in Frage.

Der Begriff des wichtigen Grundes findet sich an mehreren Stellen im Gesetz [6]. Ein wichtiger Grund liegt immer dann vor, wenn für einen Beteiligten die Fortsetzung des Rechtsverhältnisses nach Treu und Glauben unzumutbar geworden ist [7]. Die Voraussetzungen richten sich im Einzelfall danach, um welche Art des Rechtsverhältnisses es sich handelt, und wie im Rahmen dieses Rechtsverhältnisses die tatsächlichen Gegebenheiten liegen [8].

---

1 OLG Hamburg/BB 1954,978 Nr.1780

2 BGHZ 13,188(192);ROHGE 13,179(182)

3 Brodmann,Aktienrecht,§231 6.i;Schlegelberger-Quassowski,AktG,§75 RZiff.11;Herschel, Bedingte Bestellung,III;Godin-Wilhelmi, AktG Bd.1,3.Aufl.,§84 Anm13.-RG/LZ 1909,75 (77);KG/JW 1939,492

4 RG/LZ 1909,75(77)

5 Schlegelberger-Quassowski,AktG,§75,RZiff.11

6 zB §§ 626,671(3),723(1)2,749(2) BGB;297AktG; 46(1)FGG;13GWB;70,89aHGB

7 Brox,Grundbegriffe,Kap.7,III 3.a

8 Larenz,Schuldrecht Bd.1, §2 VI

Nur auf die erste Frage kann eingegangen werden, da sich für sie aus der besonderen Interessenlage zwischen Vorstandsmitglied und AG gewisse Grundsätze aufstellen lassen, während die zweite Frage allein vom Einzelfall her entschieden werden muß.

Bei der Frage des wichtigen Grundes sind die Interessen der AG am Widerruf und des Vorstandsmitglieds an der Beibehaltung seines Amtes nicht gleichwertig, vielmehr geht das Interesse der AG am Widerruf grundsätzlich vor.[1] Dies folgt schon daraus, daß nach dem Gesetz ein wichtiger Grund zum Widerruf vorliegt, wenn die Hauptversammlung einem Vorstandsmitglied das Vertrauen entzogen hat, es sei denn, der Vertrauensentzug erfolgte aus offenbar unsachlichen Gründen (§ 84 III2). Allein schon der nicht aus offenbar unsachlichen Gründen erfolgte Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung rechtfertigt die Abberufung.

Der Vorstand bedarf zu seiner Amtsführung des Vertrauens der Aktionäre.[2] Seine Machtbefugnisse gründen sich auf dem ihm entgegengebrachten Vertrauen.[3] Das Interesse der AG an einer vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Vorstandsmitglied und Hauptversammlung ist von so großer und vorrangiger Bedeutung, daß der Entzug dieses Vertrauens grundsätzlich einen wichtigen Grund zum Widerruf darstellt.

Wenn bei der Prüfung, ob ein wichtiger Grund vorliegt, überwiegend die Interessen der AG zu berücksichtigen sind, so dürfen

---

1 Im Gegensatz dazu sind zB bei der Frage, ob ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung des Dienstvertrages vorliegt, die Interessen beider Vertragsparteien gleichwertig zu beurteilen. Als Vertragspartner des Anstellungsvertrages bleibt das Vorstandsmitglied Kontrahent der AG. In diesem Rahmen kann er seine eigenen Interessen gleichberechtigt geltend machen (ähnlich: Lehmann, Aktiengesellschaften Bd.2, II §69).

2 BegrRegE bei Kropff, Aktiengesetz, § 84

3 BGHZ 13,188 (192f)

andererseits die Interessen des Vorstandsmitglieds an der Beibehaltung seines Amtes nicht völlig außer Betracht bleiben [1]. Die Auswirkungen des Widerrufs gehen für das Vorstandsmitglied zumeist über den Verlust seiner Organstellung hinaus. Der Betroffene wird häufig in seinem weiteren beruflichen Aufstieg gehindert [2]. Er findet unter Umständen keine der alten entsprechende neue Stellung, er kann "in den Verdacht der Unfähigkeit, der Unverträglichkeit oder der Ungeeignetheit" [3] kommen. Bei anderen Bewerbungen muß er diesen Verdacht entkräften. Verlust an gesellschaftlicher Achtung kann sich anschließen [4].

Die Treuepflicht der AG gegenüber ihrem Vorstandsmitglied verlangt in gewissem Rahmen auch die Berücksichtigung der Interessen des Vorstandsmitglieds bei der Prüfung, ob ein wichtiger Grund vorliegt.

Nach diesen Grundsätzen, überwiegende Berücksichtigung der Interessen der AG am Widerruf, Mitberücksichtigung der Interessen des Vorstandsmitglieds an der Beibehaltung seines Amtes, sind die Einzelfälle zu beurteilen [5]. Das gilt auch für die schwebend unwirksame Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds zum Vor-

---

1 Vgl. auch BGH/NJW 1960,1861 (für das Verhältnis zwischen der Genossenschaft und ihren Vorstandsmitgliedern).-AA Vischer, Die Abberufung, S.82.-Das RG in LZ 1909,75(77) meint,daß die Interessen der Gesellschaft, nicht des Einzelnen maßgebend seien.Damit stimmt die hier vertretene Ansicht überein, denn maßgebend heißt tonangebend,vorrangig, wesentlich,aber nicht allein entscheidend.

2 Kronstein, Anmerkung zu OLG Frankfurt

3 BGH/BB 1962,816 Nr.1333

4 Herschel, Bedingte Bestellung, III

5 BGH/BB 1961,547 2.

standsmitglied, [1] den nachträglichen Wegfall einer satzungsmäßig geforderten Voraussetzung, [2] den im Zeitpunkt der Bestellung gegebenen Anfechtungsgrund. [3]

bbb. Festlegung wichtiger Gründe in der Satzung

Die Satzung einer AG kann Bestimmungen darüber enthalten, unter welchen Voraussetzungen ein wichtiger Grund zum Widerruf der Bestellung gegeben sein soll. Die Wirksamkeit und Bedeutung dieser Vorschriften hängt davon ab, ob und inwieweit die Gesellschaft bei der Festlegung wichtiger Gründe frei ist.

Nach herrschender Meinung [4] ist eine Verschärfung [5] oder eine Milderung der Voraussetzungen für einen wichtigen Grund unzulässig, [6] da der Aufsichtsrat die Bestellung -nur- aus wichtigem Grund widerrufen kann (§ 84 III1). [7] Einerseits müsse der Aufsichtsrat bei Vorliegen eines wichtigen Grundes widerrufen können, andererseits dürfe nicht die im Gesetz zum Ausdruck gekommene Unabhängigkeit des Vorstands dadurch eingeschränkt werden, daß unwichtige Gründe zur Abberufung berechtigen. [8]

Dieser Ansicht ist zu folgen.

---

1 s.o.S.42 Fußn.1

2 s.o.S.61f

3 s.o.S.50ff

4 Baumbach-Hueck, AktG, §84 RZiff.16; Godin-Wilhelmi, AktG Bd.1, 3.Aufl., §84 Anm.13; Schmidt-Meyer-Landrut in Gadow-Heinichen,AktG, §75 Anm.14; Teichmann-Koehler, AktG, §75 3.; Ritter,AktG, §75 4.d.-Vgl. auch RGZ 138,93 (103);Würdinger,Aktien-und Konzernrecht, §20 II2a)

5 KG/JW 1939,492

6 Das OLG München (BB 1956,938) hält nicht jede Erschwerung der Abberufung aus wichtigem Grund für unzulässig, so insbesondere nicht die Vereinbarung einer qualifizierten Mehrheit

7 Baumbach-Hueck, AktG, §84 RZiff.16

8 Vgl. Fleck, Das Dienstverhältnis, VI 7.

Es läßt sich nur vom Einzelfall her sagen, ob die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes erfüllt sind, ob der AG die Fortsetzung einer Vorstandsmitgliedschaft nach Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten ist. Auch scheinbar gleiche Ereignisse können jedesmal unter anderen Umständen eintreten und im einen Fall für den Fortbestand der Vorstandsmitgliedschaft wichtig, im anderen Fall unwichtig sein [1]. Daraus folgt notwendig, daß nicht von vornherein bestimmte, absolut geltende wichtige Gründe festgelegt werden können [2].

Dies schließt nicht die Aufnahme "wichtiger Gründe" zum Widerruf in die Satzung aus. Sie müssen aber, selbst wenn ihre Voraussetzungen vorliegen, noch daraufhin überprüft werden, ob nach den besonderen Umständen dieses Falles der AG nicht doch eine Fortsetzung der Vorstandstätigkeit nach Treu und Glauben zugemutet werden kann.

Ist das der Fall, liegt trotz der in der Satzung enthaltenen Bestimmung kein wichtiger Grund vor [3]. Ist der AG dagegen die weitere Vorstandsmitgliedschaft nicht zuzumuten, so kann sie die Bestellung widerrufen.

Die in der Satzung aufgezählten wichtigen Gründe geben einen Anhalt dafür, daß der als Grund für den Widerruf festgelegte Umstand für die Gesellschaft eine maßgebliche Bedeutung hat. Dadurch kann im Einzelfall die Prüfung, ob ein wichtiger Grund gegeben ist, erleichtert werden [4].

---

1 Titze, Anm. zu RG/JW 1919,240 Nr.5 (zum wichtigen Grund i.S. § 626 BGB)

2 Dose, Die Rechtsstellung, S.27

3 s. dazu Bernau, Die Amtsniederlegung, Jherings J.44,249f (zu der Bestimmung wichtiger Gründe für die Amtsniederlegung eines Aufsichtsratsmitglieds).-Aus diesem Grunde kommt es auch nicht darauf an, ob die Bestimmung über den wichtigen Grund vor oder nach der Bestellung in die Satzung aufgenommen worden ist.

4 BAGE 2,333(341)

ccc. Vereinbarung wichtiger Gründe für den Widerruf der Bestellung im Anstellungsvertrag

Die Vereinbarung wichtiger Gründe für den Widerruf der Bestellung im Anstellungsvertrag ist grundsätzlich zulässig.

Allerdings bestehen dann Bedenken gegen die Wirksamkeit derartiger Vereinbarungen, wenn ein Aufsichtsratsausschuß den Vertrag abgeschlossen hat. Einem Ausschuß kann der Widerruf einer Bestellung nicht übertragen werden (§ 107 III2 iVm § 84 III1). Ihm steht somit auch die Prüfung, ob ein wichtiger Grund für den Widerruf vorliegt, nicht zu. Seine in den Vertragsbestimmungen zum Ausdruck gekommene Ansicht, welche Umstände einen wichtigen Grund darstellen sollen, ist ohne Bedeutung, da es sich dabei nicht um die Ansicht des für den Widerruf zuständigen Organs handelt.

Wird der Vertragsschluß einem Aufsichtsratsausschuß zugewiesen, so ist die Aufnahme wichtiger Gründe für den Widerruf der Bestellung unzulässig, da für derartige Vereinbarungen nur der Gesamtaufsichtsrat zuständig ist. Entsprechende Bestimmungen im Anstellungsvertrag wären nichtig.

Schließt der Gesamtaufsichtsrat den Anstellungsvertrag, so können in dem Vertrag wichtige Gründe für den Widerruf vereinbart werden. Derartige Bestimmungen wirken ähnlich wie die satzungsmäßige Festlegung wichtiger Gründe. Erst im Einzelfall kann entschieden werden, ob die in den Vertrag aufgenommenen wichtigen Gründe einen Widerruf rechtfertigen[1].

---

1 Daran ändert es auch nichts, daß im Gegensatz zur Satzungsbestimmung die Vereinbarung im Anstellungsvertrag mit Einverständnis des Vorstandsmitglieds zustandegekommen ist. Das Vorstandsmitglied kann auf seine selbständige Stellung nicht verzichten. Das Aktiengesetz schreibt zwingend vor, daß der Widerruf einen wichtigen Grund voraussetzt.

ddd. Ergebnis

Liegt ein wichtiger Grund vor und widerruft der Aufsichtsrat fristlos durch eine entsprechende empfangsbedürftige Willenserklärung die Bestellung [1], so endet die Vorstandsmitgliedschaft endgültig im Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung (§ 130 BGB) [2]. Wird der Widerruf befristet, für einen späteren Zeitpunkt erklärt, so endet die Vorstandsmitgliedschaft mit Ablauf des bestimmten Tages (Datums).

bb. Rechtswidriger Widerruf

Der Begriff des rechtswidrigen Widerrufs wird im Gesetz nicht verwandt. Es sollen damit die Fälle gemeint sein, in denen Widerrufsbeschluß und Widerrufserklärung des Aufsichtsrats vorliegen, aber der für den Widerruf notwendige wichtige Grund fehlt. Nach hM [3] beendet auch ein solcher -rechtswidriger- Widerruf die Vorstandsmitgliedschaft, denn ein Widerruf ist solange wirksam, bis seine Unwirksamkeit rechtskräftig festgestellt ist (§ 84 III4).

Das Fehlen eines wichtigen Grundes muß mit der Feststellungsklage geltend gemacht werden. Mit der Rechtskraft des die Unwirksamkeit des Widerrufs feststellenden Urteils wird

---

1 Wie bei der Bestellung muß der Abberufungserklärung ein wirksamer Beschluß des Aufsichtsrats vorangehen.

2 Hier sei noch auf §13 des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie vom 21.Mai1951(BGBl. I347) hingewiesen.Soweit nach diesem Gesetz ein Arbeitsdirektor bestellt ist,kann er nicht gegen die Stimmen der Mehrheit der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat abberufen werden.

3 Baumbach-Hueck,AktG §84 RZiff.15;Godin-Wilhelmi,AktG Bd.1,3.Aufl.,§84 Anm14;Schlegelberger-Quassowski,AktG,§75 RZiff.12;Teichmann-Koehler,AktG,§75 3.d;BGHZ 26,236(237)

das abgelöste Vorstandsmitglied -ex nunc- erneut Vorstandsmitglied [1]. Eine Rückwirkung tritt nicht ein [2].

Erhebt der Betroffene keine Feststellungsklage, so bleibt es bei dem Verlust der Vorstandsmitgliedschaft.

f. Auflösende Bedingung

Ein Verlust der Vorstandsmitgliedschaft könnte möglicherweise auch von dem Eintritt einer auflösenden Bedingung abhängig gemacht werden. Dies hätte zur Folge, daß die Vorstandsmitgliedschaft mit Eintritt des auflösenden Ereignisses ohne weiteres verloren ginge.

Die Literatur [3] bejaht überwiegend [4] die Möglichkeit einer auflösend bedingten Bestellung, soweit sie überhaupt zu dieser Frage Stellung nimmt. Herschel [5] hält die auflösende Bedingung für ungewöhnlich, aber nicht unzulässig, wenn dadurch das Vorstandsmitglied in der eigenverantwortlichen und selbständigen [6] Leitung der Gesellschaft nicht eingeschränkt würde. Könnte der Aufsichtsrat die Voraussetzun-

---

1 Der bis zur rechtskräftigen Entscheidung vorläufigen Wirksamkeit des Widerrufs kann durch einen Vergleich endgültiger Bestand verliehen werden (BGHZ 26,236(238))

2 Godin-Wilhelmi,AktG,Bd.1,3.Aufl.,§84 Anm14; Baumbach-Hueck,AktG,§84 RZiff.15

3 Ott,Vorstandsbestellung,S.61;Krüger,Die Bestellung,S.33;Herschel,Bedingte Bestellung, VI;Gierke,Die automatische Verlängerung, S.168, der die Aufnahme einer Bedingung allerdings gekünstelt nennt.

4 AA Mertens im Kölner Kommentar,§84 RNr.13

5 Bedingte Bestellung, VI

6 Die selbständige Stellung der Vorstandsmitglieder gegenüber dem Aufsichtsrat folgt daraus,daß ein wichtiger Grund für den Widerruf erforderlich ist (§ 84 III1).

gen auflösender Bedingungen, deren Eintritt zum Verlust der Vorstandsmitgliedschaft führt, frei festlegen, so wäre das Vorstandsmitglied in seiner Geschäftsführung nicht mehr unabhängig. Es müßte alle Handlungen unterlassen, die zum Eintritt der auflösenden Bedingung führen könnten. Das Vorstandsmitglied soll aber in seinen Entscheidungen frei sein. Diese Freiheit ist nur insoweit eingeschränkt und einschränkbar, als wichtige Gründe seine Abberufung rechtfertigen.

Die unabhängige Stellung eines Vorstandsmitglieds ließe nur eine auflösende Bedingung zu, die gleichzeitig alle Voraussetzungen des für einen rechtmäßigen Widerruf geforderten wichtigen Grundes erfüllt. Der Verlust des Vorstandsamtes setzte daher voraus, daß der Eintritt einer auflösenden Bedingung gleichermaßen dem Aufsichtsrat einen wichtigen Grund zum Widerruf geben würde.

Ein wichtiger Grund läge immer nur dann vor, wenn die Fortsetzung einer Vorstandsmitgliedschaft der AG nach Treu und Glauben nicht mehr zumutbar wäre. Bei Prüfung der Unzumutbarkeit ist die subjektive Einstellung des Einzelnen zu berücksichtigen.[1] Der eine findet sich noch mit Verhältnissen ab, die der andere nicht mehr hinzunehmen bereit ist. Es gibt keinen von vornherein bestimmbaren Zeitpunkt, an dem die Fortsetzung der Vorstandsmitgliedschaft für die AG erstmals unzumutbar wird.

Auch die im Gesetz aufgezählten wichtigen Gründe der groben Pflichtverletzung und der Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung (§ 84 III2) stehen unter dem Vorbehalt der

---

1 Vgl. Larenz, Schuldrecht Bd.2, §48 IIId

Unzumutbarkeit, das Vorstandsmitglied weiterhin im Vorstand zu belassen. Die Unzumutbarkeit liegt zwar im allgemeinen in der groben Pflichtverletzung beziehungsweise in der Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung. Zweifelhaft bleibt aber der Zeitpunkt, wann das Verhalten unzumutbar wird. [1]

Die Aufsichtsratsmitglieder können selbst nur im Einzelfall feststellen, wenn die Forsetzung einer Vorstandstätigkeit der AG nicht mehr zuzumuten ist. Sie müssen geltend machen, daß sie nunmehr die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes als gegeben ansehen. Der Eintritt einer auflösenden Bedingung würde aber ohne weiteres zur Beendigung der Vorstandsmitgliedschaft führen.

Die Notwendigkeit, das Vorliegen eines wichtigen Grundes geltend zu machen, schließt es aus, die Vorstandsmitgliedschaft von einer auflösenden Bedingung abhängig zu machen. Wird ein Vorstandsmitglied unter einer auflösenden Bedingung bestellt, so ist im Zweifel die Bestellung wirksam. Die auflösende Bedingung kann unter Umständen bei der Prüfung, ob ein wichtiger Grund zum Widerruf der Bestellung[2] vorliegt, berücksichtigt werden.

g. Niederlegung des Vorstandsamtes

Niederlegung des Vorstandsamtes ist die vorzeitige Beendigung der Vorstandsmitgliedschaft durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung von Seiten des Vorstandsmit-

---

1 Die Bestellung kann auch nicht unter der auflösenden Bedingung des Vertrauensentzuges durch die Hauptversammlung erfolgen (§ 84 III2). Der Vertrauensentzug gewährt nur dann einen wichtigen Grund, wenn das Vertrauen nicht aus offenbar unsachlichen Gründen entzogen worden ist. Für diese Prüfung ist der Aufsichtsrat zuständig. Ein ausdrücklicher Beschluß ist erforderlich (BGH/LM Nr.15 zu §75 AktG).

2 Vgl. dazu S.62ff

glieds an den Aufsichtsrat (§ 112) [1]. Weder die Niederlegung als Recht des Vorstandsmitglieds noch ihre Voraussetzungen sind im Gesetz geregelt. Es ist aber allgemein [2] anerkannt, daß dem Vorstandsmitglied ein Recht zur Niederlegung seines Amtes unter bestimmten Voraussetzungen zusteht [3]. Ebenso wie der AG in Form des Widerrufs muß auch dem Vorstandsmitglied durch die Niederlegung eine vorzeitige Beendigung der Bestellung unter gewissen Voraussetzungen möglich sein.

Das Recht zur Niederlegung will die hM [4] davon abhängig machen, ob das Vorstandsmitglied zur Kündigung des Anstellungsvertrages berechtigt ist. Insoweit hänge das Niederlegungsrecht von der Art des Anstellungsvertrages ab. Handele es sich um einen Dienstvertrag, sei die Niederlegung nur aus wichtigem Grund im Sinne des § 626 BGB (eventuell § 627 BGB) zulässig. Handele es sich um einen Auftrag, sei sie jederzeit zulässig (§ 671 BGB). Lege das Vorstandsmitglied sein Amt zur Unzeit nieder, so müsse es der AG den ihr daraus entstehenden Schaden ersetzen, falls kein wichtiger Grund für die Niederlegung zur Unzeit vorgelegen habe (§ 671 II BGB).

---

1 Godin-Wilhelmi,AktG Bd.1,3.Aufl.,§84 Anm15

2 Baumbach-Hueck,AktG,§84 RZiff.19;Godin-Wilhelmi,AktG Bd.1,3.Aufl.,§84 Anm15;Möhring-Tank-Grass-Reuss,Handbuch Bd.1,S.I 99; Schmidt-Meyer-Landrut in Gadow-Heinichen, AktG, §75 Anm19

3 RAG/ARS 41,174(183) lehnte ein Niederlegungsrecht des Geschäftsführers einer GmbH mangels gesetzlicher Regelung ab.

4 Möhring-Tank-Grass-Reuss,Handbuch Bd.1,S.I 99;Godin-Wilhelmi,AktG Bd.1,3.Aufl.,§84 Anm 15;Baumbach-Hueck,AktG,§84 RZiff.19;Brodmann,Aktienrecht,§231 7.a;Goldschmit,Die Aktiengesellschaft,§231 30.;Schmidt-Meyer-Landrut in Gadow-Heinichen,AktG,§75 Anm19.-KG/JW 1927,1703 Nr.3;KG/KGJ 29 A98(für Aufsichtsratsmitglieder).-Richert,Amtsniederlegung,4.(- des Vereinsvorsitzenden);wohl auch Amtsgericht Delmenhorst/BB 1956,414 (Kündigung von Seiten des Geschäftsführers einer GmbH).

Nach Ansicht des Kammergerichts [1] kann die Amtsniederlegung des Geschäftsführers einer GmbH nur durch die Kündigung des Vertrages, auf dem die Geschäftsführung beruht, erfolgen [2]. Würdinger [3] gibt dem Vorstandsmitglied das Recht zur Niederlegung aus einem wichtigen Grund im Sinne des § 626 BGB.

Für die herrschende Meinung scheint folgender Gedanke zu sprechen. Der unentgeltlich Beschäftigte ist nach den für einen Auftrag geltenden Vorschriften jederzeit zur Kündigung berechtigt. Die fehlende Gegenleistung des Auftraggebers rechtfertigt es, daß sich der Beauftragte jederzeit von seiner Vertragsverpflichtung befreien kann. Wird das Vorstandsmitglied für die AG unentgeltlich tätig, so dürfte demzufolge auch seine Bindung nicht so stark sein wie bei Entgeltlichkeit [4]. Hat es sich unentgeltlich zur Verfügung gestellt, müßte das Organmitglied sich leichter lösen können, als wenn sich die AG zu einer der Tätigkeit entsprechenden Bezahlung verpflichtet hätte.

Es erscheint jedoch nicht interessegerecht, daß im Falle eines Auftrags oder in den Fällen des § 627 BGB die jederzeitige Niederlegung zulässig sein soll, auch wenn möglicherweise von dem Vorstandsmitglied Schadensersatz geleistet werden muß. Die Personen der Vorstandsmitglieder und ihre Stellung im Rahmen

---

1 KG/JW 1927,1703 Nr.3;ebenso Ring-Schachian, Die Praxis,S.179;wohl auch Fischer in Ehrenberg, B §40 1.III4.

2 Ebenso Kronstein,Anmerkung zu OLG Frankfurt, der dem Vorstandsmitglied nur die Möglichkeit läßt,seine Vorstandsstellung durch Auflösung des Dienstverhältnisses zu beenden.

3 Würdinger,Aktienrecht,§20 II3

4 Vgl. dazu Dose,Die Rechtsstellung,S.26

der AG [1] sind für die Entwicklung der Gesellschaft, für die Belegschaft, für die Gläubiger und Geschäftspartner zu bedeutsam, als daß damit eine jederzeitige Niederlegbarkeit vereinbar wäre.

Die Unternehmensführung verlangt eine gewisse Kontinuität. Verschieden zusammengesetzte Vorstände vertreten jeweils eigene Ansichten, kommen zu voneinander abweichenden Entscheidungen, treffen verschiedene Maßnahmen und führen die Gesellschaft wirtschaftlich, organisatorisch und wirtschaftspolitisch in unterschiedliche Richtungen. Einerseits können und sollen Veränderungen im Vorstand nicht ausgeschlossen werden, andererseits verbietet sich eine, zumindest mögliche, laufende Änderung. Schadensersatzansprüche können, soweit sie nach der herrschenden Meinung überhaupt bestehen, keinen Ausgleich schaffen.

Übernimmt eine Person ein Vorstandsamt, gleich ob gegen Entgelt oder unentgeltlich, so kommt eine Niederlegung der Vorstandsmitgliedschaft nur aus wichtigem Grunde in Frage [2]. Das Recht zur Niederlegung dient dem Interesse der Vorstandsmitglieder. Bei der Frage, ob ein wichtiger Grund zur Niederlegung besteht, sind einerseits das Interesse der AG an einer stetigen Entwicklung des Unternehmens und demzufolge an einer möglichst gleichbleibenden Besetzung des Vorstands, andererseits das Interesse des Vorstandsmitglieds an einem

---

1 Zitelmann, Amtsniederlegung, S.32 macht das Recht zur Niederlegung eines Aufsichtsratsamtes von der Rechtsnatur der Stellung eines Aufsichtsratsmitglieds abhängig.

2 Eine schuldrechtliche Verpflichtung, das übertragene Amt niederzulegen, verstößt gegen die guten Sitten (RGZ 57, 205(208) für das Aufsichtsratsamt in einer GmbH).

Ausscheiden -grundsätzlich gleichwertig [1]- gegeneinander abzuwägen. Schließlich entscheiden auch hier die besonderen Gegebenheiten des Einzelfalles darüber, welche Interessen überwiegen, ob ein wichtiger Grund zur Niederlegung des Amtes besteht [2].

§ 84 III4 gilt entsprechend. Die Niederlegung ohne wichtigen Grund ist solange wirksam, bis über ihre Unwirksamkeit auf eine Feststellungsklage des Aufsichtsrats[3]hin rechtskräftig entschieden ist [4]. Nur so läßt es sich vermeiden, daß unklare Schwebezustände entstehen. Es muß zu jeder Zeit eindeutig sein, aus welchen Personen sich der Vorstand zusammensetzt. Insoweit gilt dasselbe wie bei einem rechtswidrigen Widerruf von Seiten des Aufsichtsrats [5].

h. Behebung des Mangels nach einer gerichtlichen Bestellung

In dringenden Fällen kann das Registergericht [6] auf Antrag eines Beteiligten ein fehlendes,aber erforderliches Vorstandsmitglied bestellen (§ 85 I1). Diese Vorstandsmitgliedschaft erlischt, sobald der Mangel behoben ist (§ 85 II).

Es ist grundsätzlich Aufgabe des Aufsichts-

---

1 Vgl. dagegen die Prüfung eines wichtigen Grundes für den Fall eines Widerrufs der Bestellung : s.o. S. 65f

2 Ein rechtswidriger Widerruf des Aufsichtsrats kann dem Vorstandsmitglied einen wichtigen Grund zur Amtsniederlegung geben.- Vgl. auch Palandt-Putzo, § 626 3.c

3 Zwar vertritt der Aufsichtsrat die AG nur gegenüber Vorstandsmitgliedern (§112) und der Dritte ist nach der Niederlegung kein Vorstandsmitglied mehr.Mit der Feststellungsklage soll die Vorstandsmitgliedschaft aber wieder hergestellt werden.Da die Bestellung Aufgabe des Aufsichtsrats ist,fällt auch die Erhebung der Feststellungsklage mit dem Ziel einer Wiederherstellung der Vorstandsmitgliedschaft in seinen Aufgabenbereich.

4 Durch die rechtswidrige Niederlegung kann das Vorstandsmitglied schadensersatzpflichtig werden.

rats, Vorstandsmitglieder zu bestellen. [1] Die Bestellung durch das Gericht dient nur als eine vorübergehende Notlösung. Sie ist von vornherein zeitlich begrenzt bis zur Behebung des Mangels; eine kalendermäßige Festlegung des Zeitpunktes, bis zu dem die gerichtliche Bestellung wirksam sein soll, ist daher unzulässig.[2]

Die Beseitigung des Mangels erfolgt im allgemeinen dadurch, daß der Aufsichtsrat ein neues Vorstandsmitglied bestellt. Sobald der Mangel behoben ist, erlischt die gerichtliche Bestellung, scheidet der vom Gericht Bestellte aus. Ein Widerruf durch den Aufsichtsrat oder auch eine Aufhebung des Bestellungsbeschlusses durch das Gericht ist nicht erforderlich. [3] Auf diese Weise wird vermieden, daß für einen Aufgabenbereich gleichzeitig zwei Personen bestellt sind. [4]

i. Einverständliche Beendigung der Vorstandsmitgliedschaft

Die herrschende Meinung [5] läßt eine Beendigung der Vorstandsstellung im gegenseitigen Einvernehmen zwischen Aufsichtsrat und Vorstandsmitglied jederzeit zu.

---

5 (von S.77) s.o.S.70ff

6 (von S.77) Hueck, Gesellschaftsrecht, §24 III2

1 s.o.S.6ff

2 Vgl. Godin-Wilhelmi, AktG Bd.1, 3.Aufl., §85 Anm.7

3 Godin-Wilhelmi, AktG Bd.1, 3.Aufl., §85 Anm.7; ebenso Schmidt-Meyer-Landrut in Gadow-Heinichen, AktG, §76 Anm.6

4 BegrRegE zu §85 bei Kropff, Aktiengesetz

5 Baumbach-Hueck, AktG, §84 RZiff.16; RAG/ARS 41,174(183)(einverständliche Rückgabe des Amtes eines GmbH-Geschäftsführers).-BGHZ 26, 236(237f) läßt einen Vergleich über die Wirksamkeit des Widerrufs einer Bestellung zu.

Gegen diese Art der Beendigung des Vorstandsamtes bestehen keine Bedenken. Hat die AG beziehungsweise das Vorstandsmitglied Interesse an einer Fortsetzung der Vorstandsmitgliedschaft, so werden sie ihr Einverständnis verweigern. Interessen Dritter sind durch eine mögliche Schadensersatzverpflichtung des Aufsichtsrats hinreichend geschützt (§ 116 iVm § 93).

k. Auflösung beziehungsweise Nichtigerklärung der AG

aa. Vorstandsmitglieder als Abwickler

Nach Auflösung einer AG [1] erfolgt grundsätzlich [2] deren Abwicklung (§ 264 I). Für die Abwicklung sind im allgemeinen die Vorstandsmitglieder als Abwickler zuständig (§ 265 I). [3] Die veränderte Bezeichnung der Organmitglieder versteht sich aus ihrer neuen Aufgabenstellung (§ 268). Sie müssen die laufenden Geschäfte beenden, Forderungen einziehen, Gläubiger befriedigen usw. Sie behalten innerhalb ihres Geschäftskreises die Rechte und Pflichten des Vorstands (§ 268 II1). Sie vertreten die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich (§ 269 I). Ihre Vertretungs-

---

1 Auflösungsgründe: § 262

2 anders bei Eröffnung des Konkursverfahrens (§ 264 I)

3 Barz in Gadow-Heinichen, AktG, § 206 Anm.2; Baumbach-Hueck, AktG, § 265 RZiff.3

befugnis ist unbeschränkbar (§ 269 V).

Somit endet zwar mit der Auflösung die Stellung der Vorstandsmitglieder und geht über in die Stellung von Abwicklern. Ihre Funktion als gesetzliche Vertreter der AG bleibt aber erhalten, so daß ein Verlust der Vorstandsmitgliedschaft im Sinne eines Ausscheidens aus dem Vertretungsorgan der AG nicht vorliegt.

Dasselbe gilt für die Abwicklung nach Eintragung der Nichtigkeit einer AG in das Handelsregister (vgl. im einzelnen § 277) [1].

bb. Bestellung anderer Abwickler

Das Gesetz sieht in § 265 II allerdings auch die Möglichkeit vor, durch eine entsprechende Satzungsbestimmung oder durch einen Beschluß der Hauptversammlung andere Personen als Abwickler zu bestellen. In der Satzung können die Abwickler bereits namentlich aufgeführt sein.

Enthält die Satzung eine solche Vorschrift, so scheiden die von ihr betroffenen Vorstandsmitglieder grundsätzlich im Zeitpunkt einer Auflösung der AG aus; ihre Organmitgliedschaft endet [2].

Das Gleiche gilt, wenn durch einen Hauptversammlungsbeschluß andere Personen als Abwickler bestellt werden. Diese treten an die Stelle der früheren Vorstandsmitglieder, deren Organmitgliedschaft endet [3].

Der genaue Zeitpunkt für das Ausscheiden der bisherigen Vorstandsmitglieder erscheint allerdings zweifelhaft, wenn zwar eine entsprechende Satzungsbestimmung oder ein Beschluß der Hauptversammlung vorliegt, die Zustimmung der Abwickler für die Übernahme des

---

1 Baumbach-Hueck, AktG, § 277 RZiff.2

2 Dabei ist es ohne Bedeutung, wann die Bestimmung in die Satzung aufgenommen worden ist, ob vor oder nach der Bestellung des betroffenen Vorstandsmitglieds.

3 Godin-Wilhelmi, AktG Bd.1, 3.Aufl., §265 Anm.4

Amtes aber noch aussteht [1]. Aus der Formulierung des § 265 II ließe sich folgern, daß in diesen Fällen Vorstandsmitglieder eben keine Abwickler werden sollen, daß sie in jedem Fall mit der Auflösung der AG ausscheiden. Diese Auslegung erscheint nicht sinnvoll, da die AG dann zeitweise keinen gesetzlichen Vertreter hätte. Auch die möglicherweise zeitraubende gerichtliche Bestellung bietet keine Lösung.

Die Neubestellung ist der Grund für das Ausscheiden der ehemaligen Vorstandsmitglieder. § 265 II ist deshalb so auszulegen, daß die Vorstandsmitglieder solange als Abwickler tätig sind, bis die neuen Abwickler ihre Zustimmung erklärt haben.

Dasselbe gilt im Falle der Nichtigkeit einer AG.

cc. Abberufung von Abwicklern durch die Hauptversammlung

Besorgen die Vorstandsmitglieder die Abwicklung, so kann die Hauptversammlung sie jederzeit [2] abberufen (§ 265 V1). Mit dem Zugang der Abberufungserklärung an die Betroffenen scheiden sie als Abwickler aus der AG aus [3].

---

1 Grundsätzlich ist niemand verpflichtet, das Amt eines Abwicklers zu übernehmen.

2 Vgl. dazu die Abberufung von Vorstandsmitgliedern durch den Aufsichtsrat, S.63 ff

3 Für den Fall der Nichtigkeit der AG vergleiche § 277 mit der Verweisung auf §§ 264 ff.

4. Zusammenfassung

a. Die Vorstandsmitgliedschaft endet

aa. mit Ablauf der Amtszeit,

bb. mit dem Tod des Vorstandsmitglieds,

cc. mit dem Wegfall der vollen Geschäftsfähigkeit,

dd. mit dem Widerruf der Bestellung. Bei rechtswidrigem Widerruf wird der Betroffene wieder Vorstandsmitglied, sobald die Unwirksamkeit des Widerrufs rechtskräftig festgestellt ist,

ee. mit der Niederlegung des Vorstandsamtes aus wichtigem Grunde. Eine Niederlegung ohne wichtigen Grund ist solange wirksam, bis ihre Unwirksamkeit rechtskräftig festgestellt ist,

ff. mit der Behebung des Mangels nach einer gerichtlichen Bestellung,

gg. mit einer entsprechenden Einigung zwischen Aufsichtsrat und Vorstandsmitglied zum vereinbarten Zeitpunkt oder

hh. mit der Bestellung anderer Personen zu Abwicklern.

b. Die Vorstandsmitgliedschaft bleibt unberührt

aa. von der Wahl des Vorstandsmitglieds in den Aufsichtsrat und

bb. von dem nachträglichen Eintritt eines satzungsmäßigen Unfähigkeitsgrundes.

c. Die Organmitgliedschaft endet

mit der Abberufung als Abwickler.

d. Die Organmitgliedschaft bleibt unberührt,

wenn das Vorstandsmitglied im Falle der Auflösung oder Nichtigerklärung der AG die Abwicklung besorgt.

e. Die Bestellung unter einer auflösenden Bedingung ist grundsätzlich wirksam. Die auflösende Bedingung ist nichtig. Sie kann aber bei der Prüfung, ob ein wichtiger Grund zum Widerruf der Bestellung vorliegt, unter Umständen herangezogen werden.

II. Rechtliche Auswirkungen einer fehlenden wirksamen Bestellung oder einer zwar anfänglich wirksamen, später aber wegfallenden Bestellung auf den Anstellungsvertrag

Die Aufsichtsratsbeschlüsse über Bestellung und Abschluß eines Anstellungsvertrages werden in der Regel in einer Sitzung gefaßt. Deshalb wird das Fehlen des einen gleichzeitig das Fehlen des anderen Beschlusses bedeuten, so daß die Auswirkungen einer aus diesem Grunde nicht erfolgten Bestellung nicht zu erörtern sind.

Das Gleiche gilt für die Nichtmitteilung des Beschlusses über die Bestellung, da in diesen Fällen auch von einer Nichtabgabe des Vertragsangebotes ausgegangen werden kann.

Ist der Abschluß eines Anstellungsvertrages einem Aufsichtsratsausschuß übertragen worden, ist davon auszugehen, daß sich Ausschuß und Gesamtaufsichtsrat miteinander abstimmen. Der Ausschuß wird dem Dritten nur ein Vertragsangebot machen, wenn und soweit der Aufsichtsrat diesen Dritten auch zum Vorstandsmitglied bestellt. [1]

Die Bestellung wird erst mit Einverständnis des Betroffenen wirksam. Dieses Einverständnis enthält im allgemeinen gleichzeitig die Annahme des Vertragsangebotes. In den Fällen eines fehlenden Einverständnisses kann davon ausgegangen werden, daß auch das ergangene Vertrags-

---

1 Schließt der Aufsichtsratsausschuß den Anstellungsvertrag mit sofortiger Wirkung ab und erfolgt keine Bestellung, so treten die gleichen Rechtsfolgen ein wie bei dem Widerruf der Bestellung ohne gleichzeitige Beendigung des Anstellungsvertrages (s.u.S.99ff).

angebot nicht angenommen wurde, [1] so daß auch die Untersuchung einer Auswirkung dieses Mangels ausscheidet.

1. Anwendung des § 306 BGB beim Abschluß eines Anstellungsvertrages mit einer nicht voll geschäftsfähigen Person

Anstellungsverträge mit nicht voll geschäftsfähigen Personen können auf unmögliche Leistungen gerichtet und daher nichtig sein (§ 306 BGB).

Die Erfüllung der Pflichten aus dem Anstellungsvertrag setzt im wesentlichen die Vorstandsmitgliedschaft voraus. Aber nur unbeschränkt geschäftsfähige Personen können Vorstandsmitglieder sein (§ 76 III). Die Bestellung nicht voll geschäftsfähiger Personen [2] verstößt gegen ein gesetzliches Verbot und ist daher nichtig (§ 134 BGB).

Kann ein beschränkt Geschäftsfähiger nicht wirksam in den Vorstand berufen werden, so kann er auch nicht die sich aus der Vorstandsmitgliedschaft ergebenden Rechte und Pflichten wahrnehmen: die Leitung der Gesellschaft (§ 76 I), die Geschäftsführung (§ 77 I), die Vertretung der AG (§ 78 I), die Vorbereitung von Hauptversammlungsbeschlüssen und ihre Ausführung (§ 83), die Erstellung der Jahresbilanz zu besorgen ebenso wie den Jahresabschluß und den Geschäftsbericht (§§ 148ff) und andere mehr.

Zur Durchführung dieser Aufgaben, die im

---

1 Möhring-Tank-Grass-Reuss, Handbuch Bd.1, S.I 86 RNr.190

2 Unbeschränkte Geschäftsfähigkeit beginnt mit der Volljährigkeit. Unter den Voraussetzungen der §§3ff BGB kann ein Minderjähriger, der das 18. Lebensjahr vollendet hat, durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts für volljährig erklärt werden. Durch die Volljährigkeitserklärung erlangt der Minderjährige die rechtliche Stellung eines Volljährigen. Er könnte somit zum Vorstandsmitglied bestellt werden.

einzelnen zumeist noch genau vereinbart werden, verpflichtet sich der Dritte im Anstellungsvertrag. Ist er nicht voll geschäftsfähig, so ist ihm die Erfüllung der Pflichten unmöglich.

Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig (§ 306 BGB). Diese Bestimmung erfaßt allerdings nur die Fälle anfänglicher, objektiver Unmöglichkeit. Sie setzt also voraus, daß tatsächlich und rechtlich niemand die geschuldete Leistung erbringen könnte. Soweit zwar nicht der Schuldner, wohl aber irgendein Dritter in der Lage wäre, die Leistungspflichten zu erfüllen, läge lediglich (subjektives) Unvermögen vor. Der Anstellungsvertrag wäre nicht nichtig.

Im vorliegenden Fall scheitert die Erfüllung der sich aus dem Anstellungsvertrag ergebenden Pflichten daran, daß ein Minderjähriger nicht zum Vorstandsmitglied bestellt werden kann. Andere Personen mit den vom Gesetz geforderten Eigenschaften könnten als Vorstandsmitglieder berufen werden und sodann die Pflichten aus dem Anstellungsvertrag erfüllen. Daraus folgte, daß lediglich Unvermögen bei dem Minderjährigen vorläge. Der Anstellungsvertrag bliebe wirksam.

Eine derartige Betrachtung ließe die besondere Vertrauensstellung der Vorstandsmitglieder unberücksichtigt. Vorstandsmitglieder sind nicht durch irgendwelche anderen Personen ersetzbar. Die Bestellung bestimmter Personen ist mit einer Einschätzung ihrer Fähigkeiten, ihrer Kenntnisse, ihrer Ausbildung und Erfahrung, ihres Werdegangs und ihres bisherigen beruflichen Erfolges , ihres Auftretens und ihrer Kontaktfähigkeit verbunden. Gerade diese Personen sollen die AG führen, ihre Tätigkeit ist höchstpersönlicher Natur. Bei höchstpersönlichen Leistungen scheidet die Möglichkeit aus, daß Unver-

mögen vorliegt. [1] Es handelt sich um einen Fall objektiver Unmöglichkeit.

Da die Unmöglichkeit, den Schuldner zum Vorstandsmitglied zu bestellen, um ihm so die Erfüllung seiner Pflichten zu ermöglichen, schon bei Vertragsschluß gegeben ist, liegt anfängliche, objektive Unmöglichkeit vor. § 306 BGB ist erfüllt; er führt zur Nichtigkeit des Anstellungsvertrages. [2]

2. Schwebende Unwirksamkeit des Anstellungsvertrages beim Fehlen einer in der Satzung zwingend vorgeschriebenen Eigenschaft.

Verlangt die Satzung der AG für Vorstandsmitglieder bestimmte Eigenschaften, so beziehen sich diese Vorschriften in der Regel sowohl auf die Bestellung als auch auf den Anstellungsvertrag. Der Aufsichtsrat oder der mit dem Abschluß von Anstellungsverträgen beauftragte Aufsichtsratsausschuß [3] unterliegt insoweit den gleichen rechtlichen Schranken. [4] Schließt er mit einem Dritten einen Anstellungsvertrag, obwohl dieser die in der Satzung aufgeführten Voraussetzungen nicht erfüllt oder obwohl bereits mit der in der Satzung vorgesehenen Höchstzahl von Vorstandsmitgliedern Anstellungsverträge abgeschlossen sind, so handelt er als Vertreter ohne Vertretungsmacht (§§ 177ff BGB). [5] Der Anstellungsvertrag ist schwebend unwirksam. Er kann durch Genehmigung der Hauptversammlung [6] wirksam werden und durch eine Verweigerung der

---

1 Esser, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §33 I

2 Der Anstellungsvertrag kann auch einzelne Pflichten des Dritten enthalten,deren Erfüllung nicht die Vorstandsmitgliedschaft voraussetzt.Das führt im allgemeinen nicht zur Aufrechterhaltung dieses Teils des Anstellungsvertrages,da der Vertrag ein einheitliches, nicht teilbares Rechtsgeschäft ist(Teilbarkeit als Voraussetzung für §139BGB:Hefermehl in Soergel-Siebert Bd.1, §139 RZiff.1).

3 s.o.S.16ff.- 4 s.o.S.43ff.- 5 s.o.S.48f
6 vgl. hierzu S.49

Genehmigung endgültig unwirksam.

Der Aufsichtsrat ist hingegen nicht gehindert, im Hinblick auf künftige Ereignisse [1] aufschiebend befristete oder aufschiebend bedingte Anstellungsverträge abzuschließen.

3. Gleichzeitiges Wirksamwerden des Anstellungsvertrages mit der Bestellung

a. Schwebend unwirksame Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds in den Vorstand

Der Anstellungsvertrag kann mit einem Aufsichtsratsmitglied wirksam geschlossen werden, [2] obgleich eine Bestellung wegen der Aufsichtsratsmitgliedschaft noch nicht wirksam ist (§105I).

Es entspricht im allgemeinen dem Willen des Aufsichtsrats oder des mit dem Abschluß des Anstellungsvertrages beauftragten Aufsichtsratsausschusses, daß der Anstellungsvertrag erst mit der Bestellung wirksam werden soll. Die Berufung eines Aufsichtsratsmitglieds in den Vorstand kann erst wirksam werden, wenn die Aufsichtsratsmitgliedschaft beendet ist. Daher wird zumeist entweder ausdrücklich eine aufschiebende Bedingung [3], nämlich der Verlust einer Aufsichtsratsmitgliedschaft, zum Vetragsinhalt gemacht werden; die Bedingung kann aber auch aus den gesamten Umständen geschlossen werden. [4]

Sobald die Aufsichtsratsmitgliedschaft endet, tritt die Bedingung ein, der Anstellungsvertrag wird ex nunc (§ 158 I BGB) wirksam,gleichzeitig mit der Bestellung.

---

1 s.o.S.48 Fußn.4, S.49 Fußn.1

2 s.o.S.25f

3 Steht der Zeitpunkt fest,wann die Aufsichtsratsmitgliedschaft zu Ende geht,handelt es sich um eine aufschiebende Befristung.

4 Enthält der Anstellungsvertrag keine aufschiebende Bedingung oder Befristung,wird er mit dem Abschluß sogleich wirksam.Es treten die gleichen Rechtsfolgen ein wie beim Widerruf der Bestellung (s.u.S.99ff).

b. Aufschiebend bedingte oder befristete Bestellung

In diesen Fällen kann davon ausgegangen werden, daß der Anstellungsvertrag unter denselben Voraussetzungen wirksam werden soll wie die Bestellung. Er unterliegt gleichfalls der Bedingung oder Befristung und wird -bei Eintritt der Bedingung oder des vereinbarten Terminsgleichzeitig mit der Bestellung wirksam.

4. Gleichzeitige Beendigung des Anstellungsvertrages mit dem Ende der Bestellung

a. Ablauf der Amtszeit

Hier ergibt sich keine Besonderheit, da Bestellung und Anstellung im allgemeinen [1] für die gleiche Zeitdauer erfolgen. Mit Ablauf der Amtszeit endet auch der Anstellungsvertrag.

Hat der Anstellungsvertrag eine längere Laufzeit als die Bestellung,so besteht der Anstellungsvertrag trotz Beendigung der Vorstandsmitgliedschaft fort.Es treten die gleichen Rechtsfolgen ein wie bei dem Widerruf der Bestellung ohne gleichzeitige Beendigung des Anstellungsvertrages. [2]

b. Behebung des Mangels nach einer gerichtlichen Bestellung

Nach der gerichtlichen Bestellung sollen sich Vorstandsmitglied und Aufsichtsrat über den Ersatz barer Auslagen und die Vergütung des Vorstandsmitglieds einigen (§85 III1,2). Erfolgt eine Einigung, so liegt darin der Abschluß eines Anstellungsvertrages.Die Vereinbarungen werden im Hinblick auf die gerichtliche Bestellung getroffen, sollen also auch nur für den Zeitraum bis zum Erlöschen der Bestellung gelten.

---

1 Dose, Die Rechtsstellung, S.36

2 s.u.S. 99 ff

Die Behebung des Mangels, der zur gerichtlichen Bestellung geführt hat, beendet auch den Anstellungsvertrag.

Einigen sich die Parteien nicht über den Ersatz angemessener barer Auslagen und über die Vergütung, so setzt das Gericht Auslagen und Vergütung fest (§ 85(3)2). Diese Festsetzung gilt nur für den Zeitraum der Tätigkeit des gerichtlich bestellten Vorstandsmitglieds und entfällt mit dem Ende der Bestellung.

c. Einigung zwischen Aufsichtsrat und Vorstandsmitglied über die Beendigung der Vorstandsmitgliedschaft

Liegt eine Einigung zwischen Aufsichtsrat und Vorstandsmitglied über die Beendigung der Vorstandsmitgliedschaft vor, so kann davon ausgegangen werden, daß auch der Anstellungsvertrag einverständlich beendet worden ist [1].

Es wäre allerdings denkbar, daß sich das ehemalige Vorstandsmitglied mit einer anderen, niedrigeren Stellung zufrieden gibt und der Anstellungsvertrag entsprechend abgeändert wird [2]. Bei dem abgeänderten Vertrag handelt es sich aber nicht mehr um den Anstellungsvertrag eines Vorstandsmitglieds, so daß diese Variante im Rahmen der Erörterungen nicht weiter untersucht wird.

d. Bestellung anderer Personen als Abwickler durch eine Satzungsbestimmung,die bereits im Zeitpunkt der Bestellung des Vorstandsmitglieds wirksam war

Die Satzung kann bereits bei Abschluß des

---

1 Damit ist noch nichts darüber gesagt,ob das ehemalige Vorstandsmitglied bestimmte Rechte und Pflichten behält(Ruhegehalt-vgl.BGH/BB 1953,237 Nr.583 3.,5.-Mitteilungspflichten,Schweigepflichten).

2 Vgl. dazu BGH/LM §75AktG Nr.17

Anstellungsvertrages die Vorschrift enthalten, daß bestimmte andere Personen als die Vorstandsmitglieder im Falle der Auflösung oder Nichtigerklärung der AG als Abwickler tätig werden sollen [1]. Diese Satzungsbestimmung [2] wird im allgemeinen durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Einigung zwischen Aufsichtsrat und Drittem in den Anstellungsvertrag übernommen, so daß dieser auflösend bedingt [3] oder auflösend betagt [4] geschlossen wird [5]. Das auflösende Ereignis ist die Ablösung des Vorstandsmitglieds durch den Abwickler.

Mit dem Eintritt der Bedingung beziehungsweise des festgelegten Zeitpunkts endet der Anstellungsvertrag gleichzeitig mit der Bestellung [6].

e. Tod eines Vorstandsmitglieds

Aus dem Fortfall der Bestellung im Falle des Todes eines Vorstandsmitglieds ergeben sich keine rechtlichen Auswirkungen auf den Anstellungsvertrag, da mit dem Tod des Vorstandsmitglieds auch der Anstellungsvertrag erlischt; denn der zur Dienstleistung Verpflichtete hat die Dienste im Zweifel in Person zu leisten (§ 613 S.1 BGB) [7] und der Auftrag er-

---

1 Werden die ehemaligen Vorstandsmitglieder zu Abwicklern, so bleibt der Anstellungsvertrag grundsätzlich unberührt: RGZ 24, 70 (73)

2 Ihre Kenntnis kann bei dem Aufsichtsrat und dem Dritten unterstellt werden.

3 Auflösung oder Nichtigerklärung und somit die Bestellung von Abwicklern ist ungewiß.

4 Die AG läuft eine ganz bestimmte Zeit und die Bestellung von Abwicklern steht fest.

5 Godin-Wilhelmi, AktG Bd.2, 3.Aufl., §265 Anm5

6 Wird die Satzungsbestimmung nicht in den Anstellungsvertrag übernommen, so besteht der schuldrechtliche Vertrag fort. Es treten die gleichen Rechtsfolgen ein wie bei dem Widerruf der Bestellung ohne gleichzeitige Beendigung des Anstellungsvertrages (s.u.S.99

7 Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, Bd.3, §613 RZiff.6 (kein Übergang der Dienstleistungspflicht auf die Erben)

lischt im Zweifel durch den Tod des Beauftragten (§ 673 Satz 1 BGB).

Ein Ausnahmefall, der ein Fortbestehen des Dienst- oder Auftragsvertrages rechtfertigte, liegt hier nicht vor; denn gerade diese bestimmte, vom Aufsichtsrat ausgewählte und bestellte Person soll zur Geschäftsführung verpflichtet sein. Die Pflicht trifft den Vertra spartner höchstpersönlich; sie ist nicht vererblich.

5. Anwendbarkeit der §§ 275, 323, 616 BGB beim Wegfall der vollen Geschäftsfähigkeit

Die Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit hat keinen unmittelbaren Einfluß auf die Wirksamkeit des Anstellungsvertrages. Sie könnte sich aber mittelbar auswirken, da sie zum Wegfall der Vorstandsmitgliedschaft führt. [1]

a. Nicht zu vertretende, objektive Unmöglichkeit (§ 275 BGB)

Endet die Vorstandsmitgliedschaft wegen Wegfalls der vom Gesetz geforderten Voraussetzung unbeschränkter Geschäftsfähigkeit (§ 76 III), so könnte dem ehemaligen Vorstandsmitglied die Erfüllung der sich aus dem Anstellungsvertrag ergebenden Pflichten unverschuldet unmöglich geworden sein (nachträgliche Unmöglichkeit: § 275 BGB). Diese Unmöglichkeit könnte dazu führen, daß das ehemalige Vorstandsmitglied von der Verpflichtung zur Erfüllung der ihm aus dem Anstellungsvertrag obliegenden Leistungspflichten frei wird.

Die Erfüllung der Pflichten aus dem Anstellungsvertrag setzt zum wesentlichen Teil die Vorstandsstellung voraus. Fällt die Organmitgliedschaft weg, ist das ehemalige Vorstandsmitglied nicht mehr in der Lage, den Anstellungsvertrag zu erfüllen. Die Vertrags-

---

1 s.o.S.58ff

erfüllung setzte eine Neubestellung voraus, die -jedenfalls zur Zeit infolge der Beschränkung der Geschäftsfähigkeit- wegen § 76 III rechtlich nicht zulässig ist.

Regelmäßig ist eine Leistung aber nur dann unmöglich, wenn das Leistungshindernis nicht behoben werden kann [1]. Es wäre denkbar, daß die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit entfiele, sei es, daß der Entmündigungsbeschluß auf eine Anfechtungsklage hin aufgehoben würde (§§ 672,684 ZPO) [2], sei es, daß die Entmündigung durch Wiederaufhebungsbeschluß (§§ 675ff, 685 ZPO) oder Wiederaufhebungsklage (§§ 679, 686 ZPO) beseitigt würde [3]. Das Hindernis, welches sich zur Zeit der Bestellung und damit einer Erfüllung der in dem Anstellungsvertrag enthaltenen Leistungspflichten entgegenstellt, würde behoben. Die Erfüllung wäre jetzt nach einer erneuten Bestellung nicht mehr unmöglich[4], die Unmöglichkeit hätte nur vorübergehend bestanden.

Ob eine dauernde Unmöglichkeit vorliegt oder ob es sich nur um eine vorübergehende Unmöglichkeit handelt, muß im Zeitpunkt des

---

1 Reimer Schmidt in Soergel-Siebert,Bd.2,vor §275 RZiff.25.-Unmöglichkeit liegt im allgemeinen nicht vor,wenn nur ein zeitweiliges Hindernis im Wege steht,das -voraussichtlich- behoben werden kann (Larenz,Schuldrecht, Allgemeiner Teil, § 20 Ia).

2 Der Entmündigte erlangt die volle Geschäftsfähigkeit mit der Rechtskraft des Urteils (§§ 672 S.2, 684 IV ZPO).

3 Der Entmündigte erlangt die volle Geschäftsfähigkeit wieder mit der Rechtskraft des Beschlusses (§§ 678 III,685 S.2 ZPO)oder des Urteils(§§ 679 IV beziehungsweise 686 IV iVm § 672 S.2 ZPO).

4 Ohne eine erneute Bestellung könnte das ehemalige Vorstandsmitglied zwar auch jetzt seine Vertragspflichten noch nicht erfüllen.Eine Bestellung wäre aber möglich,und es ergäben sich die gleichen Rechtsfolgen,wie sie bei einem Widerruf der Bestellung ohne gleichzeitige Beendigung des Anstellungsvertrages entstehen (s.u. S.99 ff).

Verlustes der vollen Geschäftsfähigkeit entschieden werden. Es ist völlig ungewiß, ob und wann das Leistungshindernis -Beschränkung der Geschäftsfähigkeit- entfällt. Das ehemalige Vorstandsmitglied muß von der ungewissen Belastung frei sein, ob es vielleicht doch irgendwann einmal noch seine Vertragspflichten erfüllen muß. Auf der anderen Seite hat die AG ein wesentliches Interesse daran, nicht länger an einen Anstellungsvertrag gebunden zu sein, dessen Erfüllung entweder gar nicht mehr oder in unbekannter Zukunft erfolgt. Daher kann man hier nicht von einer nur vorübergehenden Unmöglichkeit sprechen. [1] Das ehemalige Vorstandsmitglied wird mit dem unverschuldeten [2] Wegfall der vollen Geschäftsfähigkeit endgültig von seinen Leistungspflichten aus dem Anstellungsvertrag frei (§ 275 BGB). [3]

b. Gegenleistungspflicht der AG

Inwieweit die AG zur Gegenleistung verpflichtet bleibt, richtet sich nach den §§ 323,616 BGB. Aus der gegenseitigen Abhängigkeit von Leistung des Dienstpflichtigen und Gegenleistung der AG [4]

---

1 BGH/LM Nr.4 zu § 275 BGB

2 Einen verschuldeten Wegfall der vollen Geschäftsfähigkeit wird es kaum geben.In einem solchen Fall könnte der Aufsichtsrat von dem ehemaligen Vorstandsmitglied Schadensersatz verlangen,er könnte von dem Vertrag zurücktreten oder die in §323 BGB bestimmten Rechte geltend machen (§ 325 BGB).

3 Der Wegfall dieser Leistungsverpflichtung besagt noch nichts darüber, ob nicht gewisse Nebenpflichten des ehemaligen Vorstandsmitglieds aus dem Anstellungsvertrag fortbestehen. Der Wegfall der Leistungspflicht greift nur ein, soweit die Leistung unmöglich wird.Welcher Art die noch gegebenen Pflichten sind,richtet sich nach dem Inhalt des Anstellungsvertrages und den Umständen des Einzelfalles.

4 Nach BAG/AP Nr.21 IV zu §616BGB stellt das Arbeitsverhältnis trotz der personenrechtlichen Elemente einen synallagmatischen Vertrag dar. Dies muß dann erst recht für einen Anstellungsvertrag gelten,da hier das personenrechtliche Element weniger bedeutsam ist.

folgt grundsätzlich,daß auch die AG von ihren Pflichten gegenüber dem ehemaligen Vorstandsmitglied frei wird (§ 323 BGB).

§ 616 BGB macht von diesem Grundsatz zwei Ausnahmen. Einmal beläßt er dem Dienstpflichtigen seinen Vergütungsanspruch ungeschmälert, [1] wenn dieser für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund unverschuldet an der Dienstleistung verhindert wird (§ 616 I1 BGB). Zum anderen steht § 616 II BGB zufolge einem Angestellten, der wegen Krankheit an der Dienstleistung verhindert ist, sechs Wochen lang ein Vergütungsanspruch zu. Ob die krankhafte Störung der Geistestätigkeit (§ 104 Nr.2 BGB), eine zur Entmündigung führende Geisteskrankheit (§ 104 Nr.3 BGB), Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht (§114 BGB) Krankheiten im Sinne des § 616 II BGB sind, läßt sich nicht generell beantworten; es kommt auf den Einzelfall an. [2] Daher wäre hier, soweit es sich nicht um eine Krankheit im Sinne des § 616 II BGB handelt, auch die Anwendung des § 616 I BGB denkbar.

aa. Gegenleistungspflicht bei vorübergehender Verhinderung des Dienstpflichtigen aus anderen als aus Krankheitsgründen

Die Vorschrift des § 616 I BGB enthält aus sozialen Gründen eine Sonderregelung gegenüber § 323 BGB. [3] Sie könnte deshalb auf den Anstellungsvertrag von Vorstandsmitgliedern unanwendbar sein.

---

1 Bestimmte,anderweitig ihm zukommende Beträge muß er sich allerdings anrechnen lassen (vgl. § 616 I2 BGB).

2 Zum Begriff der "Krankheit" vgl. Raatz, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle, S.67ff

3 BAG/AP Nr.22 zu § 616 BGB B II2.

§ 616 I BGB gilt seinem Wortlaut nach für alle Dienstverhältnisse. Eine Einschränkung könnte sich daher nur aus dem Sinn der Vorschrift ergeben. In den Motiven [1] zu § 562 des Entwurfs [2] heißt es zur Begründung: " Die eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen enthaltende Bestimmung beruht auf sozialpolitischen Rücksichten und auf Gründen der Humanität. Es kommt insbesondere auch in angemessener Weise den Wehrpflichtigen zustatten, die vorübergehend oder nur auf kurze Zeit zum Militärdienst eingezogen werden ... und auch gemeinrechtlich wurde vielfach angenommen, daß eine unbedeutende Verhinderung oder Unterbrechung der Dienstleistung infolge eines in der Person des Dienstverpflichteten eingetretenen Unfalles nicht zu einem Abzuge berechtige."

Aus sozialen Gründen besteht der Vergütungsanspruch, obwohl von dem Dienstpflichtigen keine Gegenleistung erbracht wird. Dieser Anspruch hat seinen Grund im Vertrag, seine Rechtfertigung in der gewöhnlich bestehenden Abhängigkeit des Dienstpflichtigen von der ihm gezahlten Vergütung. Die personale Fürsorgepflicht [3] verlangt vom Arbeitgeber, im Rahmen des Zumutbaren dem Arbeitnehmer seine Existenzgrundlage zu erhalten.

Im allgemeinen bedarf ein Vorstandsmitglied nicht des gleichen sozialen Schutzes. Sein Gehalt in Verbindung mit der meistens gegebenen Pensionszusage ist zumeist so hoch bemessen, daß ein vorübergehender Ausfall der Vergütung ihn nicht in seiner Lebenshaltung gefährden würde. Er müßte aber auf Rücklagen

---

1 Band II, S.463

2 Diese Bestimmung ist nahezu unverändert in §616 I BGB übernommen worden.

3 Die personale Fürsorgepflicht als Begründung für die in §616I BGB getroffene Regelung (BAG/AP Nr.21 zu § 616 BGB, IV.)

zurückgreifen und seinen Lebensstil eventuell einschränken. § 616 I BGB will dem Dienstpflichtigen gerade unabhängig von einer vorübergehenden Arbeitsverhinderung eine gleichbleibend weiterlaufende Entlohnung sichern. Daran hat auch das Vorstandsmitglied ein berechtigtes Interesse.

Es kommt hinzu, daß eine gewisse Rechtsunsicherheit entstehen könnte, wenn auf einige Dienstverhältnisse § 616 I BGB nicht anwendbar wäre. Man müßte dann jeweils auf den Inhalt des einzelnen Vertrages abstellen, je nachdem, ob der Dienstpflichtige schutzwürdig wäre oder nicht. Es sind Anstellungsverträge denkbar, die sich in ihrer Ausgestaltung einem Arbeitsverhältnis annähern. Andererseits gibt es Facharbeiter, die wegen ihrer hohen Verdienste nicht unbedingt auf eine ungeschmälerte Fortzahlung angewiesen wären. Eine generelle Abgrenzung wäre nicht möglich.

Das berechtigte Interesse der Vorstandsmitglieder und Gründe der Rechtssicherheit verlangen die Anwendbarkeit des § 616 I BGB auf den Anstellungsvertrag [1].

Die Bestimmung des § 616 I BGB bezieht sich nur auf vorübergehende Verhinderung der Dienstleistung. Innerhalb eines nicht erheblichen Zeitraums muß die Erfüllung der Vertragspflichten dem Schuldner wieder möglich werden. Dies setzt voraus, daß solche erfüllbaren Pflichten noch bestehen. Das ehemalige Vorstandsmitglied ist aber von seinen Pflichten aus dem Anstellungsvertrag gemäß § 275 BGB endgültig frei geworden [2]. Daher kommt § 616 I BGB nicht mehr zum Zuge. Es bleibt bei der Regelung des § 323 BGB. Die AG wird von ihrer

---

1 Hueck, Anm. zu BGH/RdA 1953,477 Nr.138 in RdA 1953,478 geht von der Anwendbarkeit des §616 BGB auf Anstellungsverträge offenbar aus.

2 s.o.S. 94

Pflicht zur Gegenleistung frei. [1]

bb. Gegenleistungspflicht bei vorübergehender Verhinderung des Dienstpflichtigen wegen Krankheit

Im Falle der Dienstverhinderung wegen Krankheit [2] behält das frühere Vorstandsmitglied für sechs Wochen seinen Vergütungsanspruch (§ 616 II BGB). Dieser Anspruch setzt lediglich voraus, daß der Dienstvertrag fortbesteht [3] und die Krankheit vom Dienstpflichtigen nicht verschuldet wurde. Er besteht auch, wenn die Krankheit länger als die im Gesetz vorgesehene -verhältnismäßig nicht erhebliche- Zeit von sechs Wochen andauert. [4]

6. Annahmeverzug

a. Widerruf der Bestellung

Ein Widerruf der Bestellung beseitigt die Organmitgliedschaft. Der rechtmäßige Widerruf führt zum endgültigen Verlust der Vorstandsmitgliedschaft; der rechtswidrige Widerruf ist wirksam, bis seine Unwirksamkeit rechtskräftig festgestellt ist (§ 84 III4).

Auswirkungen aus dem Wegfall der Vorstandsmitgliedschaft auf den Anstellungsvertrag sind nur möglich,wenn nicht gleichzeitig der Vertrag

---

1 Unter besonderen Umständen kann sich dennoch eine (beschränkte) Fortzahlungspflicht der AG aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben ergeben (BGH/RdA 1953,477f).

2 Genau genommen besteht hier die Dienstverhinderung wegen des Wegfall der Vorstandsmitgliedschaft.Dieser Wegfall beruht aber auf der Krankheit,so daß letztlich doch die Krankheit für die Dienstverhinderung ursächlich ist.

3 Der Fortbestand des Anstellungsvertrages wird nicht davon berührt,daß der Dienstpflichtige von seinen Pflichten frei geworden ist(§275 BGB).

4 Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert Bd.3, §616 RZiff.30; BAG/AP Nr.22 zu §616 BGB, III

durch eine wirksame Kündigung beendet wird. Es ist denkbar, daß nur der Widerruf, nicht auch die Kündigung erklärt wird, [1] oder Widerrufs- und Kündigungserklärung vorliegen, für die außerordentliche Kündigung aber kein wichtiger Grund besteht, so daß der Anstellungsvertrag unberührt bleibt. [2]

Ein Verlust der Vorstandsmitgliedschaft durch den Widerruf könnte dazu führen, daß die Leistung des ehemaligen Vorstandsmitglieds unmöglich wird (§ 275 BGB). Es wäre aber auch denkbar, daß die AG durch den Widerruf in Annahmeverzug kommt (§§ 293ff BGB).

Bei Unmöglichkeit entfällt die urspüngliche Leistungspflicht, beim Gläubigerverzug besteht sie fort. Daher schließen sich diese beiden Formen der Leistungsstörung unbedingt und begriffsnotwendig aus.

Die herrschende Meinung [3] steht auf dem Standpunkt, der Widerruf mache es dem ehemaligen Vorstandsmitglied unmöglich, seine Vertragslei-

---

1 Nicht in jedem Widerruf liegt schon ohne weiteres eine Kündigungserklärung (Schlegelberger-Quassowski, AktG, §75 Anm.13); vgl. auch Dose, Die Rechtsstellung, S.38.- Es ist eine Frage der Auslegung, ob der Abberufungsbeschluß des Aufsichtsrats gleichzeitig einen Kündigungsbeschluß, die Widerrufserklärung gleichzeitig eine Kündigung enthält, Fleck, Das Dienstverhältnis, IV 6c.- BGH/BB 1954,455/456.

2 Ein wichtiger Grund zum Widerruf erfüllt nicht notwendig die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes im Sinne von § 626 BGB (s.o.S.65 Fußn.1)

3 Teichmann-Koehler, AktG, §75 3.e; Haupt-Reinhardt, Gesellschaftsrecht, §34 II 2a; Grub, Rechtliche Stellung, B(B) III8; Godin-Wilhelmi, AktG, 2.Aufl., §75 Anm.7,11; in der 3.Aufl. Bd.1 wird in § 84, der §75 AktG37 entspricht, zu dieser Frage nicht mehr Stellung genommen.

stungen zu erbringen. Lediglich Schmidt-Meyer-Landrut [1] vertreten die Ansicht, der Widerruf mache nicht die Leistung der versprochenen Dienste unmöglich, die AG gerate vielmehr in Annahmeverzug.

Annahmeverzug setzt voraus, daß der Gläubiger die ihm angebotene Leistung nicht annimmt (§ 293 BGB). In erster Linie muß der Schuldner also in der Lage und bereit sein, seine Vertragspflichten zu erfüllen. [2] Sind diese Voraussetzungen gegeben und scheitert die Erfüllung lediglich an einer fehlenden Mitwirkungshandlung des Gläubigers, so greifen die Vorschriften über den Gläubigerverzug ein.

Erst wenn die Möglichkeit der Schuldnerleistung bejaht wird, kann geprüft werden, ob die Mitwirkungshandlung des Gläubigers erforderlich und möglich ist. [3]

Die Leistungspflicht richtet sich nach dem Inhalt des schuldrechtlichen Vertrages. Der Anstellungsvertrag als Dienstvertrag verpflichtet den Schuldner der Dienstleistung, die versprochenen Dienste zu erbringen. Die Verpflichtung richtet sich auf die Tätigkeit, auf die Leitung und Geschäftsführung.

Handelt es sich bei dem Anstellungsvertrag um einen Auftrag, so muß der Beauftragte den Auftrag ausführen (§ 662 BGB), also die Gesellschaft leiten. Auch der Inhalt des Auf-

---

1 in Gadow-Heinichen, AktG, §75 Anm.16

2 Der Gläubiger kommt nicht in Verzug, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, die Leistung zu bewirken (§ 297 BGB).

3 Trautmann, Unmöglichkeit der Leistung, S.451, 460

tragsvertrages enthält nur die Verpflichtung, sich um eine erfolgreiche Geschäftsführung zu bemühen.

Die Erfüllung der Pflichten sowohl aus dem Dienstvertrag als auch aus dem Auftrag wird nicht schon dadurch unmöglich, daß Gründe vorliegen, die einen rechtmäßigen Widerruf gestatten. Die grobe Verletzung von Vorstandspflichten und die Unfähigkeit zu einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung können das Vorstandsmitglied ersatzpflichtig machen. Sie hindern nicht die weitere, wenn auch schlechte Erfüllung der Vertragspflichten.

Die Schuldnerleistung könnte aber deshalb unmöglich sein, weil der Zeitraum, in dem sie hätte erbracht werden können, verstrichen ist. Eine Erfüllung wäre jetzt, auch im Falle einer Neubestellung, nicht mehr möglich.

Der Anstellungsvertrag verpflichtet das Vorstandsmitglied nicht nur zu einer bestimmten Einzelleistung. Er begründet vielmehr ein Dauerschuldverhältnis. Während der gesamten Vertragszeit muß das Vorstandsmitglied eine Vielzahl von Pflichten erfüllen. Die Unmöglichkeit würde sich daher nicht auf die gesamte Schuldnerleistung erstrecken, sondern lediglich auf den Teil, der -nur- während der Nichtleistung des Vorstandsmitglieds hätte erbracht werden können.

Die Tätigkeit eines Vorstandsmitglieds ist aber grund ätzlich nachholbar. Die einzelnen Aufgaben sind zwar immer dann zu erfüllen, wenn es für die AG und die an ihrer Entwicklung unmittelbar Interessierten am günstigsten ist. Verstreicht dieser Zeitpunkt, so führt die erst später erfolgte Maßnahme möglicherweise nicht zu dem gewünschten Erfolg; sie bleibt aber trotzdem möglich: die Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern, die Beantwortung von Posteingängen, die Umstellung der Produktion, Modernisierung und Rationalisierung des Betriebes, der Ein- und Verkauf, die

Vergabe von Aufträgen und die Entwicklung von Patenten, die Berichte an den Aufsichtsrat und die Vorbereitung und Ausführung von Hauptversammlungsbeschlüssen [1].

Die Schuldnerleistung bleibt also möglich. Ist der Schuldner zur Leistung bereit, so sind die Voraussetzungen des Gläubigerverzugs gegeben, wenn eine Mitwirkungshandlung des Gläubigers erforderlich und möglich ist.

Die Mitwirkungshandlung könnte in der Abgabe des Angebotes für eine Neubestellung liegen. Mit seiner Annahme würde der Schuldner wieder Vorstandsmitglied und könnte seine Pflichten aus dem Anstellungsvertrag erfüllen.

Der Begriff einer "Mitwirkungshandlung" ist im weitesten Sinne zu verstehen. Darunter fallen alle Handlungen des Gläubigers rechtlicher und tatsächlicher Art, die Voraussetzung für die Erfüllung der Schuldnerpflichten sind. Die Abgabe eines Bestellungsangebotes könnte als rechtliche Mitwirkungshandlung bezeichnet werden.

Bei der Mitwirkungshandlung im Sinne des § 295 BGB (ebenso bei § 296 BGB) handelt es sich nicht um eine eigentliche Schuldnerverpflichtung; vielmehr wird für die Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers für erforderlich erachtet. Die Erforderlichkeit der Mitwirkung ist unabhängig davon zu prüfen, ob eine vertragliche Mitwirkungspflicht besteht. Die Prüfung erfolgt auf der Grundlage des § 242 BGB [2].

Die Abgabe eines Bestellungsangebotes ist Voraussetzung für die Bestellung. Die Bestellung ist Voraussetzung für die Erfüllung der

---

1 Auch soweit bei einem mehrgliedrigen Vorstand verbleibende Vorstandsmitglieder diese Aufgaben inzwischen erfüllen, tritt keine Unmöglichkeit ein. Unmöglichkeit setzt voraus, daß die Leistungspflicht noch besteht. Sie erlischt aber mit der Erfüllung.

2 RGZ 168,321(327);Palandt-Danckelmann/Hein-

sich aus dem Anstellungsvertrag ergebenden Pflichten. Daher ist die Abgabe des Bestellungsangebotes an den Dritten eine erforderliche Mitwirkungshandlung der AG.

Der Dritte besitzt die gesetzlichen und satzungsgemäßen Voraussetzungen [1]. Eine Bestellung ist daher möglich. Verweigert die AG ihre Mitwirkungshandlung, so kommt sie in Annahmeverzug.

Der Annahmeverzug währt solange, bis entweder der Anstellungsvertrag beendet [2] oder eine Neubestellung erfolgt ist und das Vorstandsmitglied seine Tätigkeit wieder in vollem Umfang ausüben kann.

Im Falle eines rechtswidrigen Widerrufs endet der Annahmeverzug außerdem, sobald die Unwirksamkeit des Widerrufs rechtskräftig festgestellt ist (§ 84 III4)und dem Vorstandsmitglied eine seiner Stellung entsprechende Tätigkeit nicht mehr verwehrt wird.

Der rechtmäßige oder rechtswidrige Widerruf einer Bestellung zum Vorstandsmitglied einer AG, der nicht gleichzeitig eine den Anstellungsvertrag beendende Kündigung enthält, läßt den Anstellungsvertrag in seiner Wirksamkeit unberührt. Gläubigerverzug tritt ein. Die Rechtsfolgen finden sich in den §§ 300 ff und insbesondere in § 615 BGB. Das ehemalige Vorstandsmitglied behält seinen Anspruch auf die vereinbarte Vergütung. Es muß sich nur anrechnen lassen, was es infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweite Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlassen hat.

---

1 Fehlen gesetzliche oder satzungsmäßige Voraussetzungen, so ist eine Neubestellung nicht möglich.In diesem Falle tritt Unmöglichkeit ein.

2 Auf den Endigungsgrund -zB Zeitablauf,außerordentliche Kündigung- kommt es dabei nicht an.

Der Annahmeverzug endet und die Bestimmungen über nachträgliche Unmöglichkeit greifen ein, sobald und soweit dem Vorstandsmitglied eine Erfüllung seiner Pflichten aus dem Anstellungsvertrag unmöglich geworden ist (§ 275 BGB).

Anstellungsverhältnisse sind Dauerschuldverhältnisse. Wird die Erfüllung der Vertragspflichten vorübergehend unmöglich, so finden für diesen Zeitraum die Vorschriften über eine dauernde Unmöglichkeit Anwendung. [1] Der Dienstpflichtige wird von seinen Leistungspflichten insoweit frei (§ 275 BGB). Die Frage der Gegenleistung beantwortet sich aus den §§ 323ff, 616 BGB).

Hat der Aufsichtsrat die Unmöglichkeit zu vertreten, etwa weil kein Widerrufsgrund vorlag, so behält das ehemalige Vorstandsmitglied seinen Vergütungsanspruch (§ 324 BGB). Das ehemalige Vorstandsmitglied behält seinen Vergütungsanspruch auch, wenn der Widerrufsgrund in seiner Person lag, von ihm nicht verschuldet wurde und die Unmöglichkeit nur eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit andauert (§ 616 I BGB). Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so verliert das ehemalige Vorstandsmitglied seinen Vergütungsanspruch, solange die Unmöglichkeit andauert (§ 323 BGB). Im Einzelfall kann der Grundsatz von Treu und Glauben dennoch eine, wenn auch gekürzte Fortzahlung der Vergütung rechtfertigen (§ 242 BGB).

b. Bestellung anderer Personen als Abwickler (Aufnahme einer entsprechenden Satzungsbestimmung nach der Bestellung eines Vorstandsmitglieds oder ein entsprechender Hauptversammlungsbeschluß)

Wird eine andere Person als das Vorstandsmitglied zum Abwickler bestellt, so enthält

---

1 BGHZ 10,187 (189)

der Anstellungsvertrag des Vorstandsmitglieds im allgemeinen keine Bestimmung darüber, daß der Vertrag gleichzeitig mit dem Ausscheiden des Vorstandsmitglieds enden soll; denn bei Abschluß des Anstellungsvertrages gingen die Parteien noch nicht davon aus, daß die spätere Abwicklung von anderen Personen vorgenommen werden soll.

Von der Bestellung einer anderen Person als Abwickler wird der Anstellungsvertrag des ausscheidenden Vorstandsmitglieds nicht berührt. Für diesen Vertrag gelten die allgemeinen Vorschriften, so daß bei einem Dienstvertrag grundsätzlich ein wichtiger Grund für seine vorzeitige Beendigung gegeben sein muß.

Solange der Anstellungsvertrag wirksam ist und der Schuldner seine Dienstpflichten erfüllen kann und will, kommt die AG in Annahmeverzug [1]. Der Annahmeverzug kann in Unmöglichkeit umschlagen. [2]

c. Abberufung als Abwickler

Die Hauptversammlung kann Abwickler jederzeit abberufen (§ 265 V1). Diese Vorschrift ist nicht auf den Anstellungsvertrag anzuwenden, denn für die Ansprüche aus dem schuldrechtlichen Vertrag bleibt es bei den allgemeinen Vorschriften (§ 265 V2) [3] . Somit wird der Anstellungsvertrag nur dann gleichzeitig mit der Abberufung beendet, wenn die allgemeinen Voraussetzungen dafür gegeben sind [4]. So-

---

1 Die AG könnte den Dritten zwar nicht mehr als Vorstandsmitglied, aber als Abwickler berufen. Zu einer Abwicklertätigkeit ist er jetzt aus dem Anstellungsvertrag verpflichtet.

2 Zu den Einzelheiten s.o. S. 104

3 Zur Bedeutung der Formulierung "Ansprüche aus dem Vertrag" vgl. o. S. 5

4 Kündigungs-(Dienstvertrag) beziehungsweise Widerrufs-(Auftragsvertrag) -erklärung; gegebenenfalls ein wichtiger Grund.

lange der Anstellungsvertrag wirksam bleibt und der Schuldner seine Dienstpflichten erfüllen kann und will, kommt die AG in Annahmeverzug. Sobald und soweit die Erfüllung der Leistungspflichten unmöglich wird, endet der Annahmeverzug und die Bestimmungen über nachträgliche Unmöglichkeit greifen ein. [1]

7. Anwendung der §§ 286 oder 326 BGB bei der Niederlegung des Vorstandsamtes

Die Niederlegung des Vorstandsamtes beseitigt die Organmitgliedschaft. [2] Die rechtmäßige Niederlegung [3] führt zum endgültigen Verlust der Vorstandsmitgliedschaft; die rechtswidrige Niederlegung [4] ist wirksam, bis ihre Unwirksamkeit rechtskräftig festgestellt ist (§ 84 III4 entsprechend).

In der Regel liegt in der Amtsniederlegung eine Kündigung, da sich das Vorstandsmitglied auch gleichzeitig seiner Pflichten aus dem Anstellungsvertrag entledigen will. Die wirksame Kündigung bedarf in den Fällen des § 627 BGB sowie beim Auftrag (§ 671 I BGB) keines wichtigen Grundes. Die fristlose Kündigung eines Dienstvertrages gemäß § 626 BGB setzt einen wichtigen Grund voraus. Ein solcher Grund liegt vor, wenn ein wichtiger Grund für die Amtsniederlegung besteht. Denn in beiden Fällen sind die Interessen der AG an einer Fortsetzung der Vorstandsmitgliedschaft oder des Anstellungsvertrages in gleicher Weise gegen das Interesse des Vorstandsmitglieds an einer Beendigung des Vorstandsamtes und des Anstellungsvertrages abzuwägen.

---

1 Insoweit gelten hier gleichermaßen die Ausführungen wie o.S.104

2 s.o.S.73ff

3 Rechtmäßig ist die Amtsniederlegung, wenn ein wichtiger Grund für sie vorliegt.

4 Rechtswidrig ist die Amtsniederlegung, wenn kein wichtiger Grund für sie vorliegt.

Wird in diesen Fällen mit der Amtsniederlegung der Anstellungsvertrag gekündigt, so enden Bestellung und Anstellungsvertrag gleichzeitig. Aus dem Wegfall der Vorstandsmitgliedschaft ergeben sich rechtliche Auswirkungen auf den Anstellungsvertrag daher nur in folgenden Fällen:

a) das Vorstandsmitglied legt sein Vorstandsamt nieder, ohne den Anstellungsvertrag zu kündigen,
b) das Vorstandsmitglied legt sein Amt nieder und kündigt den Anstellungsvertrag fristlos, ohne daß ein wichtiger Grund vorliegt. Die Niederlegung ist, zumindest vorübergehend, wirksam [1], der Anstellungsvertrag besteht mangels wirksamer außerordentlicher Kündigung fort.

Das ehemalige Vorstandsmitglied könnte in Schuldnerverzug kommen (§§ 284ff BGB). Schuldnerverzug setzt voraus, daß die Leistung noch möglich, der Schuldner aber säumig ist.

Wie bei dem Widerruf ohne Beendigung des Anstellungsvertrages [2] wird auch hier davon ausgegangen, daß die Leistungspflicht aus dem Anstellungsvertrag noch erfüllt werden kann, wenn der Verpflichtete das Vorstandsamt wieder innehat. Trotz Niederlegung wäre eine Neubestellung rechtlich und tatsächlich jederzeit möglich. Im Falle der Niederlegung ohne wichtigen Grund bedürfte es eines die Unwirksamkeit feststellenden, rechtskräftigen Urteils [3]. Somit scheidet Unmöglichkeit aus.

Der Verpflichtete könnte erst dann wieder leisten, wenn er neu bestellt würde. Also wäre eine Mitwirkung der AG erforderlich. Man könnte an Gläubigerverzug denken (§§ 293ff BGB).

---

1 s.o.S.77

2 s.o.S.101 f

3 Daneben wäre auch eine Neubestellung möglich.

Dabei bliebe aber unberücksichtigt, daß der Schuldner seine Leistung ohne die Niederlegung rechtzeitig hätte erbringen können. Es war also keine Handlung des Gläubigers erforderlich (vgl. § 295 S.1 2.Alt. BGB). Andererseits konnte der Schuldner vom Zeitpunkt der Niederlegung ab seiner Leistungspflicht nur noch mit Mitwirkung der AG (des Aufsichtsrats) nachkommen.

In der Niederlegung des Amtes kommt der wille des Vorstandsmitglieds zum Ausdruck, in der AG keine Vorstandstätigkeit mehr ausüben zu wollen. Schuldnerverzug ist schon dann gegeben, wenn der Schuldner zur fälligen Leistung nicht bereit ist, auch wenn noch zusätzlich eine Mitwirkungshandlung des Gläubigers erforderlich wäre.

Soweit das ehemalige Vorstandsmitglied in diesen Fällen auch den Umstand zu vertreten hat, der die Nichtleistung begründet (§ 285 BGB), kommt es in Schuldnerverzug. Die Rechtsfolgen ergeben sich aus den §§ 286, 326 [1] BGB.

Der Schuldnerverzug endet,

a) sobald der Aufsichtsrat den Anstellungsvertrag wirksam kündigt [2],
b) sobald die Unwirksamkeit der Niederlegung auf eine Klage des Aufsichtsrats hin rechtskräftig festgestellt ist und der Betroffene seine Pflichten aus dem Anstellungsvertrag wieder erfüllt.

Es bleibt noch der Fall zu erörtern, in dem das ehemalige Vorstandsmitglied seine Pflichten aus dem Anstellungsvertrag erfüllen will, der Aufsichtsrat aber nicht zu einer Neubestellung beziehungsweise zu einer Klage auf

---

1 Das Rücktrittsrecht wird durch das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grunde ersetzt.

2 Ein Kündigungsgrund besteht, da das Verhalten des Vorstandsmitglieds die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes im Sinne des § 626 BGB erfüllt.

Feststellung der Unwirksamkeit der Niederlegung bereit ist.

Aus dem Anstellungsvertrag entsteht kein Anspruch auf eine Bestellung. Eine Leistungsklage mit dem Ziel einer Verurteilung des Aufsichtsrats zur Bestellung kommt daher nicht in Betracht.

Man wird hier aber eine Feststellungsklage des ehemaligen Vorstandsmitglieds zulassen, daß die Niederlegung unwirksam war. Der Grund für die Wirksamkeit der Niederlegung bis zum rechtskräftigen Feststellungsurteil liegt darin, daß unklare Schwebezustände vermieden werden sollen. [1] Dann spielt es aber keine Rolle, auf wessen Initiative hin die Rechtslage endgültig geklärt wird.

Mit der Rechtskraft des Urteils wird der Betroffene Vorstandsmitglied. Der Schuldnerverzug endet, sobald das Vorstandsmitglied sein Vorstandsamt wieder ausübt.

Die Gefahr der Doppelbesetzung des Vorstandsamtes besteht nicht, auch wenn der Aufsichtsrat inzwischen anstelle des ausgeschiedenen Vorstandsmitglieds ein neues bestellt hat. Der Aufsichtsrat hat das Recht, die Organmitgliedschaft des wieder eingetretenen Vorstandsmitglieds zu widerrufen, da die rechtswidrige Niederlegung dem Aufsichtsrat einen wichtigen Grund zum Widerruf der Bestellung gibt.

Sobald und soweit die Erfüllung der Leistungspflicht aus dem Anstellungsvertrag unmöglich wird, gelten die §§ 275, 323ff, 616 BGB.[2]

---

1 s.o.S.77

2 vgl. hierzu S.104

F. Zusammenfassung

Bestellung und Anstellungsvertrag der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft sind voneinander zu unterscheiden. Der entgeltliche Anstellungsvertrag ist ein Dienstvertrag, der unentgeltliche ein Auftragsvertrag.

Die Bestellung sowie einige der für sie geltenden Bestimmungen wirken sich auf den Anstellungsvertrag aus.

Die Vorschriften über die Zuständigkeit des Aufsichtsrats für die Bestellung gelten ebenso wie die Bestimmungen über Dauer und Verlängerung der Bestellung sinngemäß für den Anstellungsvertrag (§ 84 I5 1.Halbs.). Allerdings kann, im Gegensatz zur Bestellung, der Abschluß des Anstellungsvertrages einem Aufsichtsratsausschuß übertragen werden.

Eine Verlängerungsklausel im Anstellungsvertrag wirkt sich nur im Falle einer Verlängerung der Amtszeit als Vorstandsmitglied und nur bis zu deren Ablauf aus (§ 84 I5 2.Halbs.). § 625 BGB findet keine Anwendung.

Anstellungsverträge mit anderen als natürlichen Personen sind nichtig (§ 134 BGB). Die für eine Bestellung geltende Vorschrift des § 76 III ist insoweit entsprechend auf den Anstellungsvertrag anwendbar. Dagegen findet § 76 III, soweit er unbeschränkte Geschäftsfähigkeit für die Bestellung voraussetzt, auf den Abschluß eines Anstellungsvertrages keine analoge Anwendung.

Der Abschluß eines Anstellungsvertrages mit einem Aufsichtsratsmitglied ist zulässig. § 105 I ist nicht entsprechend anwendbar.

Rechtliche Auswirkungen einer fehlenden wirksamen Bestellung oder einer zwar anfänglich

wirksamen, später aber wegfallenden Bestellung auf den Anstellungsvertrag setzen dessen (Fort-) Bestehen voraus.

Wird ein Anstellungsvertrag mit einer nicht voll geschäftsfähigen Person abgeschlossen und ist die Bestellung wegen Verstoßes gegen § 76 III nichtig, so findet § 306 BGB auf den Anstellungsvertrag Anwendung.

Schließt der Aufsichtsrat einen Anstellungsvertrag mit einem Dritten, obwohl dieser die in der Satzung aufgeführten Voraussetzungen nicht erfüllt oder obwohl bereits mit der in der Satzung vorgesehenen Höchstzahl von Vorstandsmitgliedern Anstellungsverträge abgeschlossen sind, so ist der Anstellungsvertrag schwebend unwirksam (§§ 177ff BGB). Er kann durch Genehmigung der Hauptversammlung wirksam werden.

Der Anstellungsvertrag mit einem Aufsichtsratsmitglied wird in der Regel unter der aufschiebenden Bedingung des Verlustes der Aufsichtsratsmitgliedschaft abgeschlossen. Endet die Aufsichtsratsmitgliedschaft, so wird der Anstellungsvertrag gleichzeitig mit der Bestellung wirksam.

Wird eine aufschiebende Bedingung oder Befristung vereinbart, so gilt diese im allgemeinen für Bestellung und Anstellungsvertrag, die somit gleichzeitig wirksam werden.

Die Laufzeiten von Bestellung und Anstellungsvertrag stimmen in der Regel überein. Bestellung und Anstellungsvertrag enden gleichzeitig.

Im Falle einer gerichtlichen Bestellung enden Bestellung und Anstellungsvertrag mit der Behebung des Mangels, der zur gerichtlichen Bestellung geführt hat.

Enthält die Satzung bereits bei Abschluß des Anstellungsvertrages die Vorschrift, daß bestimmte andere Personen als die Vorstandsmitglieder im Falle der Auflösung oder Nichtigerklärung der AG als Abwickler tätig werden sollen, so wird diese Bestimmung in der Regel durch ausdrückliche oder stillschweigende Einigung in den Anstellungsvertrag übernommen. Mit Eintritt der Bedingung oder des vereinbarten Zeitpunktes endet der Anstellungsvertrag.

Mit dem Tod eines Vorstandsmitglieds erlischt der Anstellungsvertrag.

Beim Wegfall der vollen Geschäftsfähigkeit eines Vorstandsmitglieds gilt § 275 BGB. Das ehemalige Vorstandsmitglied wird mit dem unverschuldeten Wegfall der vollen Geschäftsfähigkeit endgültig von seinen Leistungspflichten aus dem Anstellungsvertrag frei. Die Gegenleistungspflicht der AG bestimmt sich nach den §§ 323, 616 BGB.

Wird die Bestellung durch einen Widerruf des Aufsichtsrats beendet, so kommt die AG in Annahmeverzug. Der Annahmeverzug endet und die Bestimmungen über nachträgliche Unmöglichkeit greifen ein, sobald und soweit dem Vorstandsmitglied eine Erfüllung seiner Pflichten aus dem Anstellungsvertrag unmöglich geworden ist (§ 275 BGB). Die Frage der Gegenleistung beantwortet sich aus den §§ 323ff, 616 BGB.

Wird eine andere Person als das Vorstandsmitglied zum Abwickler bestellt und enthält der Anstellungsvertrag keine Bestimmung darüber, daß der Anstellungsvertrag gleichzeitig mit dem Ausscheiden des Vorstandsmitglieds enden soll, so kommt die AG in Annahmeverzug. Es gilt dasselbe wie beim Widerruf der Bestellung.

Wird ein Abwickler abberufen, so gilt dasselbe wie bei einem Widerruf der Bestellung.

Legt ein Vorstandsmitglied sein Amt nieder und besteht der Anstellungsvertrag nach Beendigung der Vorstandsmitgliedschaft fort, so kommt das ehemalige Vorstandsmitglied in der Regel in Schuldnerverzug. Die Rechtsfolgen ergeben sich aus §§ 286, 326 BGB. Der Schuldnerverzug endet, sobald der Aufsichtsrat den Anstellungsvertrag wirksam kündigt oder auch, sobald die Unwirksamkeit der Niederlegung auf eine Klage des Aufsichtsrats oder des ehemaligen Vorstandsmitglieds hin rechtskräftig festgestellt ist und der Betroffene seine Pflichten aus dem Anstellungsvertrag wieder erfüllt.

Lebenslauf

In Lübeck wurde ich am 5.Juni 1942 geboren.
Meine Schulzeit verbrachte ich in der Volksschule Seeshaupt/Obb., in der Kaland-Volksschule und im Johanneum zu Lübeck und bis zum Abitur in der Domschule Schleswig.
Bis zum März 1963 diente ich zwei Jahre bei der Marine.
Im Sommersemester 1963 begann ich an der Universität in München mit dem Studium der Rechtswissenschaften. Vom Sommersemester 1965 ab studierte ich an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster und bestand im März 1967 am Oberlandesgericht in Hamm mein erstes Staatsexamen.
Danach arbeitete ich ein Jahr als wissenschaftliche Hilfskraft im Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht an der Universität Münster.
Im Juli 1971 bestand ich bei dem Prüfungsamt in Hamburg mein zweites Staatsexamen.